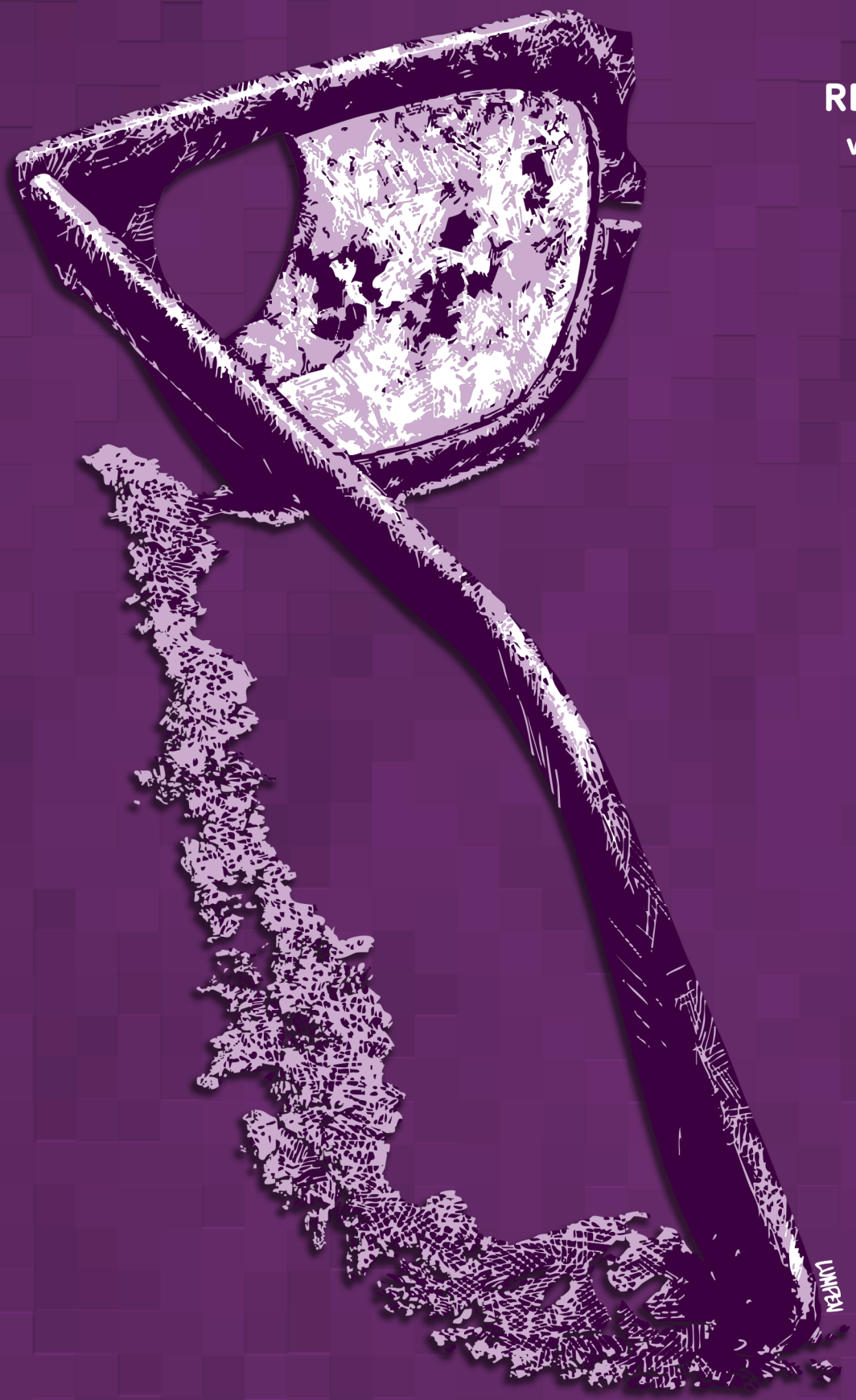
ISSN 2966-3563
ISSNe 2526-9879 · Qualis C

REVISTA AVANT

v. 9, n. 1 · 2025



Revista Acadêmica da Graduação em Direito da UFSC



UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA



REVISTA AVANT

Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

v. 9, n. 1

REVISTA AVANT
Volume 9, número 1 – 2025

Periódico Científico da Graduação em Direito da UFSC
Publicação Semestral

ISSN 2966-3563
ISSNe 2526-9879

Endereço
Universidade Federal de Santa Catarina
Campus Reitor João David Ferreira Lima
Centro de Ciências Jurídicas - Trindade - Florianópolis
Santa Catarina - Brasil - CEP: 88040-900

Contato
avant.ufsc.br
revista.avant@contato.ufsc.br

Redes Sociais
Instagram
Facebook
LinkedIn
YouTube

Os trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores e não expressam a opinião da Equipe Editorial da Revista Avant ou da UFSC.

REVISTA AVANT

Coordenação Científica
Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Chefia de Edição
Christian Souza Pioner
Milena Ovídio Valoura

Diretoria de Comunicação
Larissa Font dos Santos

Diretoria de Editoração
Sandro Figueira

Diretoria de Incentivo à Pesquisa
Larissa Font dos Santos

Equipe Editorial
Álvaro Huber de Souza
Alicia Flores Possamai
Ana Carolina Müller
Ana Carolina Vieira Bastos
Anna Karolina de Oliveira da Silva
Catarina Bórtoli
Christian Souza Pioner
Cláudio José Piccoli
Ediane Santos Gonçalves
Franciele Dias da Silva
Gabriel Alexandre Elias
Gabriel Colombo Baldissera
Gabriele Martins da Silva
Heloisa Fortunato
Janaína Regina Silveira Marcelino Francisco
Joana Espíndula
Júlia D'Alascio Rangel de Moraes
Larissa Font dos Santos
Laura Maria Jardim Ferreira
Lucas Siqueira Corrêa
Luísa Bollmann
Márcia Borges da Silva Avila
Maria Eduarda de Freitas Leitão
Maria Fernanda Santos de Almeida
Maria Júlia Zimermann Pires
Maria Luiza Niero da Silva
Milena Ovídio Valoura
Raquel Freire de Jesus
Sandro Figueira
Yasmin Prudêncio Scheffer da Silva

Conselho Científico
André Soares Oliveira
Alexandre Morais da Rosa
Carolina Medeiros Bahia
José Rubens Morato Leite
José Sérgio da Silva Cristóvam
Vera Regina Pereira de Andrade
Daniel Amaral Nunes Carnaúba
Edson Kiyoshi Nacata Junior
Gustavo Silveira Siqueira
Talden Queiroz Farias

Projeto Gráfico e Diagramação
Amanda Carolina Fonseca da Silva
Christian Souza Pioner

Tienen la fuerza, podrán avasallarnos, pero no se detienen los procesos sociales ni con el crimen... ni con la fuerza. La historia es nuestra y la hacen los pueblos – Salvador Allende, 11 de setembro de 1973.

A reestruturação político-econômica pela qual o mundo passa desde a última década vem realinhando as zonas de influência das duas maiores potências mundiais. A China, que vem mudando o padrão de seu desenvolvimento econômico de extensivo para intensivo, ou seja, da urbanização e da indústria de exportação para o aumento do consumo interno de bens e de serviços improdutivos (saúde, educação, cultura, etc.), segue avançando como maior parceiro comercial do planeta e na criação de alianças político-econômicas com países do sul-global. Já os Estados Unidos, que até a reeleição de Donald Trump buscava impor limitadas restrições a empresas chinesas e sustentar seu domínio na OTAN com o apoio à extrema direita ucraniana e sionista, agora reencena uma truncada Doutrina Monroe a partir do desfinanciamento dos conflitos inflamados por Zelensky e Netanyahu e da manutenção da aposta em uma já perdida guerra tarifária – que objetivava a reindustrialização do país mas que resultou apenas em um aumento da inflação e, por conseguinte, da insatisfação da população face ao governo.

No entanto, a "novantiga" *América para os americanos* vem contribuindo no crescimento de questões que já vinham se manifestando nas franjas do capitalismo dependente latino-americano desde início da década passada. Dessas, a mais flagrante é a intensificação da tônica fascista nos discursos dentro e fora da institucionalidade, principalmente por meio virtual, alimentada desde a estrutura algorítmica em que estão fundadas as redes sociais, e que vem cobrindo de pretensa legitimidade a violência sistemática e brutal perpetrada cotidianamente contra grupos minoritários. Tal situação não apenas afeta diretamente quem encontra-se envolvido(a/e) em episódios muitas vezes fatais, mas também cobre a sociedade de um véu de constante insegurança que retroalimenta lógica nefasta do fascismo.

Na história da América Latina abundam as tentativas de, por meio do desenvolvimento socioeconômico, construir sociedades mais justas. Uma dessas experiências, que se dedicou a esse objetivo sem uma anterior revolução armada, foi a via chilena de Salvador Allende, entre 1970 e 1973. Seu governo, formado pela Unidad Popular – uma coalização entre o Partido Socialista e o Partido Comunista, além de outros minoritários na esquerda da época –, nacionalizou as minas de cobre (principal *commodity* do país até hoje), construiu 120.000 habitações populares, devolveu e demarcou terras à população mapuche por meio da Lei nº 17.729/1972, além de ter obtido outras conquistas na área da educação, da saúde e da valorização do salário e do poder de compra da classe trabalhadora. Contudo, apesar da grande participação popular que marcou o período, tanto as limitações do próprio modelo de governo adotado, quanto a série crescente de sabotagens às estruturas produtivas e políticas, comprovadamente financiadas pelo governo Nixon e orquestradas por parte das forças armadas chilenas, levaram ao golpe de 11 de setembro de 1973, ao bombardeio do Palacio de la Moneda, à morte de

Allende e aos 17 anos da ditadura neoliberal e sangrenta de Augusto Pinochet.

Quais foram os acertos e os erros de Allende e de outras lutas do gênero? Que papel exerce o Direito frente à crescente fascistização? Como a Academia pode contribuir na criação de um mundo melhor? Na presente edição, Volume 9, Número 1 da Revista Avant, estão presentes não apenas importantes contribuições ao conhecimento jurídico desde sua vertente mais técnica e processual, como também trabalhos que costuraram tais temas com vida vivida, com questões que atravessam toda a infinita complexidade das relações sociais e que impactam diretamente o ontem, o hoje e o amanhã de inúmeras pessoas.

O número é resultado da consolidação dos esforços de autores(as) do Brasil inteiro, e conta com 29 trabalhos que passaram pelo fluxo editorial da Revista, além de outras quatro, decorrentes da parceria firmada entre a Avant e a XXVI Semana Jurídica UFSC, promovida pelo Centro Acadêmico XI de Fevereiro[1], totalizando 33 publicações. Além de artigos científicos, críticas à jurisprudência e resumos de monografia e de livros acadêmicos, também estão disponíveis para leitura poemas/poesias, comunicações de práticas de extensão e uma resenha de produção artística, enviadas por autores(as) de universidades públicas, federais e estaduais, privadas e comunitárias das regiões nordeste, centro-oeste, sudeste e sul do Brasil.

Agradecemos todos(as/es) que enviaram suas obras, à Banca Avaliadora da Revista – dezenas de pareceristas de todas as regiões do país, que indicaram críticas e sugestões e que possibilitaram uma ainda mais alta qualidade das publicações dessa edição – e a toda a Equipe Editorial, que aceitou a hercúlea tarefa de tornar real mais um fascículo da Avant. Também agradecemos ao Centro Acadêmico XI de Fevereiro, pela que esperamos ser a primeira de inúmeras outras frutíferas colaborações, a Lumpen, ilustrador e cartunista espanhol, que gentilmente nos cedeu permissão para utilizar sua peça intitulada *Allende* na capa desta edição, e, derradeiramente, a cada brasileiro(a/e) pelo sangue, suor e lágrimas que permitiram a existência da universidade no país e, consequentemente, das estruturas que permitem a concretização deste projeto.

Neste 1º de maio, desejamos a todos(as/es) uma excelente leitura!

CHRISTIAN SOUZA PIONER
MILENA OVÍDIO VALOURA

[1] Os trabalhos publicados em virtude dessa parceria foram avaliados em apartado pela equipe da XVII Semana Jurídica da UFSC, de forma que os métodos de avaliação, a banca avaliadora e o currículo dos autores não passaram pelos exatos critérios dispostos em nossas Diretrizes.

SUMÁRIO

CULTURAL

POEMA/POESIA

UM ADENDO EM SONETO 11
Sidcley Dalmo Teixeira Caldas

CABEÇA DE PAPEL 12
Karis Nemik

O NEGRO DE "ONTEM" E O NEGRO DE "HOJE" 14
Yara Yasmim Silva Freitas

RESENHA DE PRODUÇÃO ARTÍSTICA

ENTRE AUSÊNCIAS E URGÊNCIAS: COMPORTAMENTO GERAL, LETRAMENTO RACIAL E A FORMAÇÃO JURÍDICA DE EXCELÊNCIA PELO PODCAST 15
Allan Soares Nascimento

COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA JURÍDICO-UNIVERSITÁRIA

PRÁTICA DE EXTENSÃO

CINE DIREITOS HUMANOS: A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA CONSTRUINDO PONTES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E AS REALIDADES LOCAIS 22
Maria Clara Junqueira Franco, Maria Fernanda da Silveira Feldmann e Maria Fernanda Fonseca de Oliveira

O EMPREENDEDORISMO COMO MEIO DE RESSOCIALIZAÇÃO PARA MULHERES EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO SISTEMA PRISIONAL DE CAMPINA GRANDE - PB 26
Raphaella Cristina de Araújo

PROJETO ESPAÇOS DE EDUCAÇÃO, SOCIALIZAÇÃO E CIDADANIA (ESC): A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA A SERVIÇO DA RESSOCIALIZAÇÃO DE JOVENS CONFLITO COM A LEI 28
Maria Fernanda da Silveira Feldmann

ACADÊMICA

ARTIGO CIENTÍFICO

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: TEORIA, JURISPRUDÊNCIA E CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO 32
Richelle Santos Souza e Deysiane Ariele Nunes de Oliveira

ALÉM DA SUMMA DIVISIO: A HIBRIDIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA EMERGÊNCIA DO DIREITO DO TERCEIRO SETOR 46
Karoline Rodrigues Firmino

UM ALERTA À INADEQUADA ANÁLISE DOS REQUISITOS DE CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA À LUZ DA TEORIA DA GANGORRA 64
Marcio Cesar do Nascimento Junior

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO 77
Eduarda Oliveira Dantas

BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS: A RESPONSABILIDADE DO PAÍS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS CASOS XIMENES LOPES E NOGUEIRA DE CARVALHO 92
Hebert Vinicius Santo Rego, Victor Lima e Wadson Mozanael da Silva

O ENTENDIMENTO SOBRE A LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA NO TJPB: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DA PARAÍBA 101
Lívia Oliveira Almeida, Pedro Lucas Formiga de Almeida

HERANÇA DIGITAL E OS DESAFIOS NA GESTÃO DOS BENS DIGITAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 114
Márcia Borges da Silva Avila

A INFLUÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO RUSSO NA FORMAÇÃO DA MENTALIDADE REVOLUCIONÁRIA DE RASKÓLNIKOV 126
Miguel Ferreira Barroso

LEI MARIA DA PENHA E A INEFICÁCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA PROTEÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA 137
Márcia Vieira da Silva

MECANISMOS DE LIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL: DA TEORIA DO BEM JURÍDICO AO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE 153
Bernardo Oliveira Simões de Carvalho

MOBILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SOCIAIS PERANTE A INEFICÁCIA DO ESTADO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL 166
Gabriele Fernandes da Silva, Isabella Jorge dos Santos, Sarah Peçanha Barbosa, Andressa Silva dos Santos, Evelin de Oliveira Costa, Larissa Tavares Nogueira e Maria Eduarda Lacerda Pires

A PESSOA IDOSA ENQUANTO HIPERVULNERÁVEL NO CONTEXTO DAS FRAUDES BANCÁRIAS E DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 177
Bruna Martins Costa

PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E O DECRETO Nº 11.964/2024: A EVOLUÇÃO DAS FORMAS PARA SE PRIVATIZAR NO BRASIL 194
Ramon Rodrigues Claro Moreira

O QUE RESTA DO JUSNATURALISMO HOJE?: UMA ANÁLISE DO DIREITO NATURAL E DA CONCEPÇÃO DE NATUREZA HUMANA À LUZ DAS TEORIAS CRÍTICAS PÓS-POSITIVISTAS DO DIREITO 207
João Vitor Balbino

O SENATUS CONSULTUM ULTIMUM E A SUSPENSÃO DO DIREITO DE APELAÇÃO DO POVO ROMANO: UMA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA FRENTE ÀS SITUAÇÕES DE AMEAÇA À REPÚBLICA ROMANA 221
Nicole Carvalho Van Linschoten Lazzari e Patrizia Cristina Cancelier Casagrande

OS SISTEMAS DE CONTROLE DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 232
Davi Jorge Pasquier Pereira, Manuela Thomé da Cruz Bunne e Marcio Cesar do Nascimento Junior

CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA

CUIDAR É VERBO TRANSITIVO: O ABANDONO AFETIVO COMO ÓBICE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A LUZ DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.887.967/RJ 244
Maíra Gabrielle Nogueira Gomes e Letícia Gondim Guilherme

LEALDADE, HONRA E HONESTIDADE: ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV ENTRE COMPANHEIROS À LUZ DO RECURSO ESPECIAL N° 1.760.943/MG 248
Vitória Sâmara Mendonça de Oliveira e Geovani Lopes de Carvalho

RESUMO DE LIVRO ACADÊMICO

CELSO FURTADO: UMA ABORDAGEM NÃO ECONÔMICA DA FORMAÇÃO DO BRASIL 254
Eduardo José Mariuzza

É POSSÍVEL CHEGAR AO SIM?: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)EFETIVIDADE DA NEGOCIAÇÃO BASEADA EM PRINCÍPIOS 259
Christian Souza Pioner

RESUMO DE MONOGRAFIA

A EXTRAFISCALIDADE DOS TRIBUTOS COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE: OS IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 132/2023 264
Milena Ovídio Valoura

VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS: IMPACTOS E REFLEXOS A PARTIR DO CONTEXTO ELEITORAL DE 2018 À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 265
Heloísa Dutra

SEMANA JURÍDICA

ARTIGO CIENTÍFICO

PROTEÇÃO DE DADOS NO ENSINO JURÍDICO PÚBLICO FEDERAL: O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 269
Lauro Jorge Amorim

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO EM PRECEDENTES DO TJRS EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 E O PARALELO DE SUA APLICAÇÃO EM CASOS DAS ENCHENTES NO RS EM 2024 285
Camila Milena Matiello e Gabriela Schmitz

PELAS LENTES DE GÊNERO: REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO PRO- TOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO RIO GRANDE DO SUL 300
Kétlin Nunes Mattos Moreira e Sheila Stolz

ASPECTOS JURÍDICOS E AMBIENTAIS NA REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS EM FLORIANÓPOLIS/SC 313
Marcos Piovezan

CULTURAL



UM ADENDO EM SONETO*

*Sidcley Dalmo Teixeira Caldas***

Vossa Excelência, *data vênia*, eu não entendo;
Minhas escusas, eu sei que não sou doutor;
Mas a *priori*, não é certo o que estou vendo;
A permanência, *ad infinutum*, de uma dor.

Sei que o Direito segue regra, segue norma
E já não cabe a sua boca ser a da lei.
Tendo princípios, a justiça não deforma.
Tá na História do Direito que estudei.

Que se pondere, como Alexy indicou;
Não se tolere tanta discriminação.
A hermenêutica até já explicou.

Artigo 5º, lá na Constituição;
2023: a lei se alterou;
Racismo é crime. Reveja sua conclusão.

* **Justificativa**: O soneto, em que pese ser uma obra artística e, por isso, aberta, intenciona alertar para possíveis tentativas de interpretação jurídica que não coadunam com o bojo dos limites já impostos no arcabouço legal brasileiro. No caso específico do poema, ainda que de forma não tão explícita, trata-se da injúria racial que já foi equiparada ao crime de racismo, mediante o sancionamento da Lei nº 14.532/2023.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2234520378870689. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5513-4303. E-mail: sidcley.caldas@hotmail.com.

CABEÇA DE PAPEL*

Karis Nemik

as telas piscando, anunciando mais um golpe
uma faca encravada no fundo do peito
mais um caso de matricídio
daquela nossa mãe
gentil

no meio da praça do centro do planalto
bem na frente do memorial
arde uma fogueira
que queima
a nação

há um garrote apertado e uma bota na nuca
sufocando o último ar da esperança
dor de lancina analgesia
mero dissabor?
é foda

as cadeiras dos tribunais estão todas vazias
mas o tempo não consegue esquecer
tudo o que nos causaram
ou os perdoará
jamais

a essência de ser latinoamericano é essa
restar abnegado, quedado no chão
jogado em meio às traças
tremendo de frio
e ódio

* **Justificativa**: não há como falar em Direito sem luta, e a anemia social, cada dia mais forte no país, desespera, paralisa e retroalimenta todas as formas mais espúrias de acumulação já criadas. Infelizmente, parece cada vez mais longe a chance de contornar isso, pois isso se faz lá fora, longe das urnas e togas.

as paredes mofadas de um restaurante central
guardam rabiscos que chamam à luta
estudantes e trabalhadores
mas ninguém mais
sabe ler

queria que as ruas estivessem tomadas de gente
e depois as vidraças, bancos e fabriquetas
gente, povo, vivo, rubro-sangue
que desespero meu deus
tá tudo cinza

unhas roídas de qualquer sexta-feira
em que deu para sobreviver
na beira do caos
da sarjeta
dor

O NEGRO DE "ONTEM" E O NEGRO DE "HOJE"*

*Yara Yasmim Silva Freitas***

O negro de "ontem" e o negro de "hoje"
O negro de "ontem", por medo, se escondia pelos becos;
O de "hoje" se impõe por seus direitos.
O negro de "ontem" era totalmente discriminado;
O negro de "hoje" dá um basta e não fica calado!
O negro de "ontem" originou a capoeira, símbolo de luta e resistência.
O negro de "hoje" obtém lei para que seja punido quem o desmerecer por sua descendência.

A discriminação ainda não acabou; sabemos que ela está em quase todo lugar.
Percebemos no jeito de falar ou até mesmo no modo de olhar!
Crescendo com força e mostrando atitudes,
Cada um com suas virtudes,
Sem se envergonhar da cor e do cabelo,
Reconhecendo a perfeição em cada detalhe do seu afro-jeito.

O negro tem suas riquezas,
Cada um com a sua beleza,
Seu jeito forte de lutar
Por aquilo que deseja conquistar.
Se libertou da escravidão,
Sem nenhuma arma na mão;
Aos orixás, pediam proteção
E, mantendo a tradição, o candomblé é sua religião.

Com o tempo, os negros puderam mostrar seu empoderamento;
Cresceram com seus próprios méritos,
Lutaram até ganhar o devido respeito.
O negro de "hoje", assim como o de "ontem", bate no peito e diz:
"Não me envergonho das minhas origens e muito menos do meu jeito".

* **Justificativa**: A obra utiliza contrastes entre passado e presente para refletir sobre a evolução da luta e resistência da população negra, abordando elementos subjetivos e objetivos que permeiam sua história. Nos versos, o texto explora os sentimentos de medo e discriminação enfrentados pelos negros no passado e a coragem e o empoderamento no presente. Esse contraste ressalta não apenas a mudança nas atitudes individuais, mas também o papel das conquistas legais, como leis antirracistas, que promovem proteção e reconhecimento dos direitos da população negra. A relação com o campo jurídico é evidente, especialmente no reconhecimento do racismo como crime e na luta contínua pela igualdade de direitos. O direito moderno é fundamental na proteção dos indivíduos contra discriminações de qualquer natureza, incluindo o racismo. A obra também aborda a valorização da cultura e das tradições afro-brasileiras, como a capoeira e o candomblé, que passaram de símbolos de resistência cultural para patrimônios reconhecidos, reforçando a importância da proteção dos direitos culturais. Assim, o poema dialoga com a esfera jurídica ao exaltar a importância das leis na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, evidenciando o papel do Direito na garantia da dignidade e do respeito às identidades e heranças culturais da população negra.

** **Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/6131576221973412. E-mail: yarafreitas493@gmail.com.**

ENTRE AUSÊNCIAS E URGÊNCIAS: COMPORTAMENTO GERAL, LETRAMENTO RACIAL E A FORMAÇÃO JURÍDICA DE EXCELÊNCIA PELO PODCAST*

*Allan Soares Nascimento***

1. INTRODUÇÃO

O texto traz uma resenha crítica do episódio *#215 - Letramento Racial (com Adilson Moreira) do podcast*[1] *Onze Supremos (2024)*, articulando-se elementos subjetivos e objetivos da obra em um diálogo direto com o Direito Antidiscriminatório, em consonância com a sinopse do episódio e com seu índice. A estrutura textual está segmentada da seguinte forma: **I. Apresentação do convidado**: Adilson José Moreira é mestre e doutor em Direito Constitucional, professor na Fundação Getúlio Vargas (FGV) de São Paulo e, ao longo dos últimos 20 anos, desenvolveu pesquisas sobre Direito Constitucional e Justiça Racial. A sua reflexão principal gira em torno das contribuições do Constitucionalismo para a Justiça Racial; **II. Objetivo do livro**: O livro foi concebido a partir das dificuldades enfrentadas no ensino do Direito Constitucional e de disciplinas jurídicas em geral sob a perspectiva da Justiça Racial. A obra, publicada após um convite recebido por Moreira para escrever sobre educação antirracista na Universidade Stanford, reflete sobre o princípio constitucional da solidariedade e sua relação com a Justiça Racial. A pesquisa inclui ampla leitura sobre educação antirracista, democracia substantiva e liberal, tanto nos Estados Unidos da América (EUA) quanto no Brasil. O letramento racial e seu papel crucial na construção de uma sociedade democrática e solidária também são abordados; **III. O enfrentamento ao racismo como condição para a efetivação da democracia**: O racismo é apresentado como um obstáculo ao projeto democrático. Adilson discorre sobre a possibilidade de construção de vínculos políticos, jurídicos e morais entre as pessoas. Ele explora três dimensões fundamentais que sustentam a ideia de cidadania igualitária: os primórdios da democracia, o conceito de filia (traduzido como amizade cívica) e o reconhecimento recíproco da igualdade jurídico-moral e política. A solidariedade é resgatada como valor essencial para a democracia moderna; **IV. Solidariedade cívica**: Adilson defende que a solidariedade cívica, originada na democracia grega, é essencial para o sucesso do projeto democrático. A democracia não pode se limitar a direitos individuais; exige virtudes morais como a justiça. A solidariedade implica um reconhecimento recíproco de obrigações morais e políticas, construindo meios para o exercício

* **Justificativa**: A resenha crítica articula os elementos subjetivos e objetivos do podcast com um diálogo direto com o Direito Antidiscriminatório, propondo um Letramento Racial emancipatório e uma educação jurídica de qualidade. Não obstante, o título faz referência à música Comportamento Geral, de Gonzaguinha, que, por sua vez, interpretada por Criolo, estabelece um diálogo potente entre Arte e o Direito, enfatizando o papel transformador da educação jurídica. Na interpretação de Criolo, os versos trazem uma denúncia explícita contra as desigualdades estruturais e a alienação social, desafiando as normas impostas que perpetuam o silenciamento das vozes marginalizadas. Essa interpretação reflete a urgência de um Letramento Racial emancipatório, que ultrapasse os limites da técnica jurídica desumanizada e acrítica e aborde as dimensões éticas, históricas e culturais das discriminações raciais. Nesse contexto, o podcast emerge como uma ferramenta essencial para estimular estudos e debates críticos, promovendo a conscientização e a reflexão sobre temas de Cidadania, Liberdade e Justiça Racial e Social. Assim como a canção inspira uma resistência ativa, a resenha defende que a formação jurídica deve ser um espaço para questionar, reconstruir e fomentar uma sociedade mais inclusiva e equitativa, comprometida com a efetivação dos Direitos e das Garantias Fundamentais.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), estagiário no Tribunal de Justiça da Paraíba (TJ-PB), extensionista no projeto de extensão *Podcast em Pauta: Um Diálogo da Universidade com a Sociedade*. Aluno no Programa Institucional Voluntário de Iniciação Científica (PIVIC) no projeto *Direito Internacional da Ciência e a Educação - Percursos e Intersecções Multiníveis*. **Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8003239357204042. E-mail: allan.soares@academico.ufpb.br.**

1 No texto Podcast - A intimidade ao pé do ouvido, Branca Vianna, presidente e cofundadora da produtora de podcasts Rádio Novelo, publicado na Revista Brasileira da ABL nº 120 (Academia Brasileira de Letras), sintetiza de modo brilhante e assertivo: "Na sua definição mais simples, podcast pode ser qualquer áudio sob demanda, um arquivo que baixamos da internet ou ouvimos em streaming, usando fones, numa relação de um para um, da voz de quem conta para o ouvido de quem ouve. Trata-se, por isso mesmo, de um formato que favorece a intimidade". Ademais, é imperioso explicar que o Onze Supremos é um podcast voltado **à divulgação científica na área jurídica**. Ele promove debates com profundidade e clareza, alinhados ao mote do programa: *Conversas que engrandecem*. **Com profissionalismo, seriedade e didática**, o podcast é conduzido por seu criador e apresentador, David Sobreira Bezerra de Menezes, cuja trajetória acadêmica está detalhada no Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6713649253136013 (*Grifo*).

pleno da liberdade individual e coletiva; **V. Democracia racial brasileira** - O mito: O conceito de "democracia racial" é criticado como um avanço ilusório, onde o racismo opera de forma sistemática para perpetuar privilégios brancos. Adilson aborda como ideologias raciais se adaptaram ao longo do tempo e a construção do mito da democracia racial brasileira como forma de negar a relevância do racismo no espaço público. Ele cita exemplos históricos, como a Revolução Haitiana e Luiz Gama, que desmentem essa narrativa; **VI. Redefinindo o conceito de direitos**: Adilson redefine os direitos como prerrogativas que criam obrigações legais e garantem áreas de ação individual ou coletiva. Ele destaca a discriminação racial como uma barreira ao pleno exercício desses direitos, como o acesso à educação, ao trabalho e à liberdade de ir e vir. O letramento racial é apresentado como essencial para superar essas barreiras, com base no: a) conhecimento, b) inspiração e c) ação; **VII. Crítica ao formalismo na interpretação da Constituição**: O autor critica o formalismo jurídico que ignora o contexto social e perpetua desigualdades raciais no Brasil. Ele argumenta que a Constituição deve ser interpretada de maneira comprometida com a emancipação de grupos discriminados, rompendo com a visão tradicional que reforça hierarquias raciais; **VIII. A criminalização da homofobia** e o letramento racial: Adilson discute a analogia entre discriminação racial e discriminação por orientação sexual, destacando que ambas buscam regular aspectos distintos da vida social. Ele defende que o avanço nos direitos é fundamental, mas aponta dificuldades operacionais pela falta de letramento racial e do Direito Antidiscriminatório; **IX. As dificuldades na implementação das propostas**: Adilson conclui que a educação antirracista e a Justiça Racial devem ser aspectos transversais em todas as disciplinas jurídicas. Ele defende a inclusão obrigatória dessas discussões nos cursos de Direito, além de maior atenção às ações do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) voltadas ao julgamento com perspectiva racial. Apesar de avanços pontuais, o Brasil ainda enfrenta desafios significativos para efetivar mudanças estruturais.

2. ENTRE AUSÊNCIAS E URGÊNCIAS: COMPORTAMENTO GERAL E O LETRAMENTO RACIAL

A presente seção, inspirada pela interpretação do artista Criolo no álbum 27º Prêmio da Música Brasileira (PMB) - Homenagem a Gonzaguinha, lançado em 2017, apregoa:

> […] Você merece, você merece
> Tudo vai bem, tudo legal
> Cerveja, samba, e amanhã, seu Zé
> Se acabarem com teu Carnaval?
> O que guardo em minha mente, de tanto sonho, de tanto desejo e de tanto brilho
> E o que escondo
> E quanto mais perto do holofote o homem quer chegar
> Parece que maior essa sombra do mal, de tudo aquilo de ruim
> Parece aumentar
> Rar!
> Feito um gato no telhado
> Por que nenhum sonho é em vão
> Embalado em **Gonzaguinha, inspirado por esse mestre, por sua energia, seu sentimento**
> **E essa dose boa, maravilhosa de ironia**
> **Por que esse 'Você merece' talvez seja se 'Você não merece'**
> **Por que ninguém merece, ninguém merece**
> **Por que não 'tá bem, não tá legal'**
> Cerveja, samba, e amanhã, seu Zé
> Homofobia matando geral
> Por que ninguém merece, ninguém merece
> Nada vai bem, não 'tá legal
> Cerveja, samba, e amanhã, seu Zé

No Brasil, racismo matando geral [...]

(Grifo)

Portanto, com esse teor que realço as ausências alarmantes que nos rodeia no contexto do ensino superior, em especial nos cursos de bacharelado em Direito, a ausência de um Letramento Racial efetivo reflete um déficit ético e profissional que prejudica o vínculo com a igualdade e a Justiça Racial e Social. A formação jurídica, centrada historicamente em conteúdos dogmáticos e tecnicistas, carece de um enfoque crítico que reconheça e enfrente as desigualdades estruturais, sobretudo aquelas de natureza racial.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece, em seu artigo 3º, como um dos objetivos fundamentais da República, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Esse dispositivo, aliado ao artigo 5º, que assegura a igualdade de todos perante a lei, impõe ao ensino jurídico o dever de formar profissionais dedicados com a implementação de práticas antidiscriminatórias.

No contexto educacional, a Lei nº 10.639/2003, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), torna obrigatória a inclusão de conteúdos sobre história e cultura afro-brasileira e africana nos currículos escolares. Apesar de não ser obrigatória no ensino superior, a diretriz serve como base para a reformulação dos cursos de Direito, promovendo um letramento racial que capacite futuros juristas a reconhecer e combater o racismo institucional e estrutural.

Ademais, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) reforça o empenho e o dever nacional para com a promoção da igualdade de oportunidades e a proteção dos direitos da população negra. Para que esse compromisso se torne realidade, é necessário que os cursos de Direito adotem práticas pedagógicas que fomentem a reflexão sobre o racismo e suas implicações jurídicas e sociais.

A ausência de uma abordagem inclusiva e emancipatória nos cursos de Direito não apenas perpetua a marginalização de grupos vulneráveis, mas também prejudica a construção de um Estado Democrático de Direito real e eficaz. Para superar essas ausências, é imperativo que o ensino jurídico se alinhe às demandas por Justiça Racial e social, promovendo uma formação que, além de técnica, seja profundamente humana e ética, dedicada com o reconhecimento das diferenças e com a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática[2].

Portanto, o Letramento Racial[3] emerge como uma ferramenta essencial na formação jurídica, oferecendo aos estudantes e profissionais do Direito uma compreensão profunda das dinâmicas raciais e das estruturas de poder que historicamente têm marginalizado determinados grupos, especialmente os negros, indígenas e outras populações periféricas. Ao incorporar a perspectiva racial na formação acadêmica, é possível revelar as desigualdades sistêmicas que permeiam o sistema judiciário e suas

2 Para um estudo mais aprofundado sobre a importância de uma formação jurídica humanista no cenário brasileiro, é pertinente a leitura do livro *O Humanismo como Categoria Constitucional*, de Carlos Augusto Ayres Britto, do artigo/ensaio *A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito*, de Oscar Vilhena Vieira, e da análise dos *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) Agenda 2030 Organização das Nações Unidas (ONU): ODS 4 - Educação de qualidade*: Garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; *ODS 16 - Paz, Justiça e Instituições Eficazes*: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

3 No site da Academia Brasileira de Letras (ABL), na seção de pesquisa e consulta de Novas Palavras, são apresentados vocábulos ou expressões que passaram a ser mais usados na língua portuguesa, seja como neologismos, empréstimos linguísticos ou termos que adquiriram novos sentidos. Essa evolução linguística ocorre quando há a necessidade de nomear algo da realidade contemporânea, refletindo mudanças no contexto social, cultural ou intelectual. O conhecimento dessas novas palavras enriquece nosso vocabulário, aprimora nossa comunicação e amplia nossa compreensão do mundo, tornando-nos mais aptos a identificar problemas e promover soluções para uma sociedade mais justa e ética. Sendo assim, a ABL define Letramento Racial como: "Classe gramatical: locução substantiva; Definição: i. **Conjunto de práticas pedagógicas que têm por objetivo conscientizar o indivíduo da estrutura e do funcionamento do racismo na sociedade e torná-lo apto a reconhecer, criticar e combater atitudes racistas em seu cotidiano; ii. Esse processo de conscientização; iii. Conhecimento e percepção adquiridos nesse processo. [Também denominado Letramento Racial crítico.]"** (ABL, s.d., online) (*grifo*).

implicações na aplicação da lei. O Direito, muitas vezes, foi construído com base em uma lógica excludente, que naturalizou a discriminação e a violência racial, seja por meio de leis que favoreciam a branquitude ou pela ausência de uma efetiva reparação histórica para os povos subalternizados. Nesse sentido, o Letramento Racial na formação jurídica é imprescindível, pois desafia os futuros profissionais a reconhecerem o racismo institucional presente no país e a desenvolverem uma postura crítica diante das práticas judiciais. Com esse conhecimento, os juristas têm a oportunidade de não apenas revisar suas próprias concepções e atitudes, mas também de contribuir para a construção de um sistema legal mais justo e inclusivo. A entendimento das especificidades raciais no contexto jurídico possibilita a criação de soluções que combatam a discriminação e a desigualdade, permitindo que a justiça seja, de fato, acessível a todos. Dessa forma, o Letramento Racial se configura como uma chave para desconstruir práticas jurídicas excludentes e promover uma sociedade mais equitativa.

3. FORMAÇÃO JURÍDICA DE EXCELÊNCIA PELO PODCAST

O podcast Onze Supremos representa uma poderosa ferramenta de divulgação científica e formação jurídica, pois ao mobilizar conversas com pesquisadores de diversas áreas da ciência jurídica, viabiliza o acesso aos conteúdos profundos e atualizados que enriquecem o debate público e a prática da pesquisa e escrita acadêmica. Este formato, cada vez mais presente nas rotinas dos estudantes e profissionais do Direito, proporciona uma forma inovadora de disseminar ideias e discutir questões contemporâneas, transcendendo os limites dos espaços tradicionais de ensino. Ao reunir especialistas e acadêmicos que dialogam sobre temas fraturantes[4], urgentes e relevantes, como as questões constitucionais, raciais, direitos humanos, e os desafios do sistema judiciário, o podcast oferece uma oportunidade única para que os ouvintes se mantenham atualizados com as principais discussões acadêmicas e as transformações no campo jurídico. Além disso, o uso da tecnologia no formato de podcast, acessível e dinâmico, torna o conhecimento jurídico mais inclusivo e próximo da realidade dos jovens estudantes, que podem absorver conteúdo de qualidade enquanto enfrentam suas rotinas de estudos. Ao integrar a academia com a prática, o podcast contribui para a formação de juristas mais qualificados, capacitando-os a pensar criticamente sobre as questões que marcam seu tempo, preparando-os não só para a aplicação da lei, mas também para uma atuação consciente e socialmente responsável. Assim, Onze Supremos é um exemplo de como a tecnologia pode ser utilizada para aprimorar a formação jurídica, alavancar debates acadêmicos e elevar a qualidade do ensino jurídico no Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise crítica apresentada neste trabalho tem como objetivo suscitar a reflexão sobre a importância do Letramento Racial na formação jurídica e sua integração com as propostas educacionais que buscam transformar a realidade social do Brasil. A obra, articulada pelo podcast Onze Supremos e o tema do Letramento Racial, evidencia a urgência de uma educação jurídica que vá

4 Os temas ou assuntos fraturantes são aqueles **que geram divisões, controvérsias ou rupturas significativas dentro de uma sociedade, grupo ou até mesmo entre diferentes áreas do conhecimento**. Eles podem ser questões políticas, sociais, culturais ou éticas que provocam discussões intensas e podem resultar em conflitos ou mudanças profundas. Por exemplo, temas como direitos humanos, desigualdade social, mudanças climáticas, políticas públicas, entre outros, são frequentemente considerados temas fraturantes, porque geram debates polarizados e podem resultar em mudanças estruturais na sociedade. Ademais, [...] "podemos considerar um tema fraturante quando se aborda assuntos '**que rompem com o que é permitido**, possibilitando que crianças e jovens **tenham acesso a diferentes problemáticas e assuntos que constituem a nossa existência, [...] ou seja, fraturam e expõe aquilo que não era permitido**'" (Oliveira-Iguma, 2019, p. 109). Não obstante, para a interseção temática entre o direito e os temas fraturantes, indica-se o podcast *45 graus #50 [série Orientações Políticas] com Isabel Moreira – Direitos sociais, feminismo, racismo, regulação econômica*, disponível em: https://45grauspodcast.com/2019/02/27/50-serie-orientacoes-politicas-isabel-moreira-direitos-sociais-feminismo-racismo-regulacao-economica (Grifo).

além da mera aplicação de normas, abrangendo a reflexão sobre as desigualdades raciais e estruturais e suas repercussões no cotidiano social e jurídico.

O podcast é uma ferramenta de comunicação poderosa, especialmente no contexto atual, onde a disseminação de conhecimentos científicos e a reflexão crítica se tornam fundamentais para a formação de juristas que atuem não apenas com conhecimento técnico, mas com uma postura ética e dedicada à Justiça Racial e Social. A convergência de temas como o enfrentamento ao racismo, a solidariedade cívica e a redefinição do conceito de direitos humanos no contexto jurídico são abordagens inovadoras que não podem mais ser ignoradas na formação do futuro profissional do Direito.

A realidade brasileira exige que os cursos de Direito se adaptem à necessidade de formação de profissionais que compreendam o papel transformador da justiça, que se reconheçam como agentes capazes de desafiar o racismo estrutural e, por meio de suas práticas jurídicas, promover a igualdade racial. Não podemos continuar com um ensino jurídico que perpetue, de forma silenciosa ou explícita, as injustiças sociais que assolam a população negra e outros grupos marginalizados. O Letramento Racial, portanto, se configura como uma ferramenta pedagógica essencial na educação de juristas mais sensíveis às questões de raça, igualdade e direitos humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e a Lei nº 10.639/2003, que introduziu a obrigatoriedade de ensino sobre a história e cultura afro-brasileira nas escolas, já delineiam a necessidade de um novo olhar sobre a educação brasileira. Embora o ensino superior não seja diretamente regulado por essas normas, é fundamental que as universidades, especialmente nos cursos de Direito, incorporem tais diretrizes, como forma de promover um ambiente acadêmico mais inclusivo e implicado com a luta contra o racismo institucional.

Ao refletirmos sobre o papel da educação jurídica na construção de uma sociedade mais igualitária, podemos perceber que o Letramento Racial oferece aos estudantes de Direito as ferramentas necessárias para identificar, compreender e combater as desigualdades raciais que ainda permeiam o sistema judiciário e as práticas legais. A formação jurídica crítica, que reconhece a importância do contexto social e histórico das normas, é uma chave para transformar o Direito em um instrumento de justiça plena e acessível a todos.

Além disso, a utilização de ferramentas como os podcasts representa um avanço significativo na democratização do conhecimento jurídico, pois amplia o acesso à educação de qualidade e permite que discussões essenciais, como as relativas ao racismo e à desigualdade, alcancem um público mais amplo e diversificado. Nesse sentido, o podcast Onze Supremos se destaca como uma iniciativa que contribui significativamente para a formação de profissionais mais engajados com a justiça racial e social, pois oferece, de forma acessível e engajada, conteúdos que permitem aos estudantes refletir sobre as questões fraturantes e urgentes da atualidade.

Por fim, é necessário que a academia — enquanto um espaço acadêmico, técnico e científico dedicado à produção, transmissão e debate do conhecimento, promovendo pesquisa, ensino e formação de qualidade — e a prática jurídica caminhem juntas na busca pela superação das desigualdades raciais e pela construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A formação jurídica de excelência passa, portanto, pela integração do Letramento Racial em seus currículos e práticas pedagógicas, pois só assim seremos capazes de formar profissionais que realmente compreendam o papel do Direito na promoção da equidade e na luta contra a discriminação racial. Com isso, estará garantido o cumprimento da função social do Direito, capaz de atender de forma igualitária a todos os cidadãos, independentemente de sua cor, origem, classe social, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

#215 LETRAMENTO RACIAL (com Adilson Moreira). Entrevistado: Adilson Moreira, Entrevistadores: David Sobreira, *Podcast Onze Supremos*, [S. l.], 8 de novembro 2024. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/0QRoVJszKGkTVSvfsYaSTi. Acesso em: 20 nov. 2024

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Letramento racial*. Disponível em: https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/letramento-racial.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 20 nov. 2024

BRASIL. Lei n.º 10.639, de 2003: Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Brasília, DF, 2003.

BRASIL. Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, DF, 1996.

CRIOLO. Comportamento Geral. In: VÁRIOS INTÉRPRETES. 27º Prêmio da Música Brasileira (PMB) – Homenagem à Gonzaguinha (Ao Vivo). [S.l.]: MPB, 2017.

OLIVEIRA-IGUMA, Andréia Alencar. *De quais jovens fala a literatura juvenil brasileira premiada pela FNLIJ de 2000 a 2017*?. 2019. 248 f. Tese (Doutorado em Estudos Literários) - Universidade Federal de Uberlândia, 2019. DOI: http://doi.org/10.14393/ufu.te.2019.2530.

COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA JURÍDICO-UNIVERSITÁRIA



CINE DIREITOS HUMANOS: A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA CONSTRUINDO PONTES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E AS REALIDADES LOCAIS*

*Maria Clara Junqueira Franco***
*Maria Fernanda da Silveira Feldmann****
*Maria Fernanda Fonseca de Oliveira*****

A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa - Paulo Freire, 1999.

INFORMAÇÕES

O Projeto Cine Direitos Humanos vincula-se às atividades de extensão universitária desenvolvidas pelo NPPDI - Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (CNPq/UFSM) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), sendo coordenado pelo Professor Dr. Ademar Pozzatti Junior. Criado no ano de 2016, a ação objetiva formar diálogos multidisciplinares que aproximam o cenário do Direito Internacional com o cinema. Dessa forma, torna-se possível uma linguagem comum entre ambos, capaz de estabelecer diálogos entre saberes e culturas nos âmbitos acadêmico e jurídico no que tange os Direitos Humanos. Ademais, seus objetivos específicos são delimitados como: 1. Investigar os resultados locais do direito internacional, bem como a reflexão frente aos impactos no chamado "direito doméstico"; 2. Unir a parte teórica e prática, utilizando-se da multidisciplinaridade entre o cinema e o Direito e com o objetivo de gerar pensamentos críticos; 3. Propiciar troca de conhecimentos entre os indivíduos e a compreensão sobre o Direito Internacional e as principais legislações para consolidação dos paradigmas dos Direitos Humanos na contemporaneidade. Nessa linha, a metodologia constrói-se a partir da realização de sessões públicas de cinema em escolas públicas, com especial enfoque na Educação de Jovens e Adultos (EJA). As obras escolhidas envolvem filmes, séries, documentários e curta metragens e sua escolha é pautada na temática central que deve se relacionar a um Direito Humano específico. Após a exibição, são realizadas dinâmicas que visam entender a compreensão dos alunos, suas vivências e opiniões, a fim de facilitar o diálogo entre Direito Internacional e suas realidades.

RELATO

A extensão universitária é entendida como parte preponderante da vivência acadêmica, estando profundamente ligada ao desenvolvimento dos discentes por meio da troca de saberes, e da democratização do conhecimento tipicamente acadêmico que, por vezes, tende a não ultrapassar as barreiras das universidades. Além disso, a extensão é parte do tripé sob o qual a educação brasileira está ancorada (ensino, pesquisa e extensão), perspectiva que reforça a ideia de que o aprendizado acadêmico só é plenamente significativo quando aplicado e confrontado com a realidade social. Nas palavras das Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira (Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018, Ministério da Educação), em seu capítulo I inciso IV: "IV - a articulação entre ensino/extensão/pesquisa, ancorada em processo pedagógico único, interdisciplinar, político educacional, cultural, científico e tecnológico."

* **Orientação**: Ademar Pozzatti Júnior. Docente do departamento de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9984273133597587. E-mail: ademar.pozzatti@ufsm.br.

** **Graduanda em Relações Internacionais (UFSM). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4391631609051970. E-mail: mariaclarajunqueira0122@gmail.com.**

*** **Graduanda do 5º semestre de Direito (UFSM). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5743444311971513. E-mail: feldmann.maria@acad.ufsm.br.**

**** **Graduanda do 7º semestre de Relações Internacionais (UFSM). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6855588327469501. E-mail: maria-fernanda.fonseca@acad.ufsm.br**

Outrossim, a extensão compõe, ainda, o processo dialético que combina a teoria com a prática, propiciando uma visão mais íntegra da sociedade brasileira. O Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras (RENEX, 1998) sabiamente elucida a respeito da extensão universitária:

> A extensão universitária é o processo educativo, cultural e científico que articula o ensino e a pesquisa de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre universidade e sociedade. A extensão é uma via de mão-dupla, com trânsito assegurado à comunidade acadêmica, que encontrará, na sociedade, a oportunidade de elaboração da práxis de um conhecimento acadêmico.

Tendo como norteador estes vieses, o Cine Direitos Humanos (Cine DH) surge como nova perspectiva as noções de democratização do ensino acadêmico, sobretudo do Direito Internacional, e da troca de experiências e saberes entre os discentes e a população, com enfoque especial naqueles que compõem o EJA na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul.

De 2016 a 2024, as estratégias para aproximar os estudantes à temática de Direitos Humanos e Direito Internacional foram reformuladas e aprimoradas. Em 2016 foram realizadas duas edições do Cine DH: (1ª) Em parceria com a Cooperativa dos Estudantes de Santa Maria (CESMA), no qual os estudantes foram convidados à sessão de cinema, que tomou palco na sede da Cooperativa; (2ª) Novamente em parceria mas, desta vez, com o coletivo Manas[1] do Curso de Relações Internacionais, as atividades foram elaboradas diretamente no campus, na Antiga Reitoria da UFSM, com o objetivo de integrar os estudantes nas dependências da Universidade.

Em 2017 mais uma ação (3ª) do Cine DH ocorreu, desta vez na Escola Estadual de Ensino Médio Cilon Rosa, que marcou o início da descentralização do espaço físico da universidade das atividades do Cine. Nos anos seguintes, 2018 e 2019, as ações (4ª e 5ª, respectivamente) ocorreram na Escola Estadual de Ensino Médio Dr. Walter Jobim, no qual obtivemos apoio técnico da escola e os extensionistas, juntamente com os docentes, puderam estabelecer debates e preparar materiais técnicos para as sessões de cinema. Ao longo destes anos, as temáticas das sessões variaram entre direitos LGBTQIA +, discussões raciais e de violência de gênero e ocorreram em diferentes turnos do dia, para contemplar o maior número de estudantes possível.

Tendo, brevemente, contextualizado as ações iniciais do Cine DH, o ano de 2024 apresentou-se como igualmente movimentado. O projeto conta com 15 extensionistas, dos cursos de graduação em Relações Internacionais e Direito e do mestrado em Direito. Neste ano, realizou-se uma ação interna, de formação, e duas ações externas, com escolas. A primeira atividade, interna, foi a capacitação pedagógica realizada em parceria com o Pré-Universitário Popular Alternativa (PUPA)[2], no dia 18 de outubro de 2024. Participaram 8 extensionistas e 4 educadores especializados em educação popular. Durante a ação, discutiu-se o contraste entre o modelo educacional tradicional e a abordagem dialógica, que considera as vivências e o contexto dos educandos. Essa capacitação preparou os extensionistas para adaptar suas práticas educativas, tornando-as mais inclusivas e próximas da realidade dos alunos das ações do projeto.

Tendo firmado sua base teórica e de ação, o Cine Direitos Humanos realizou sua primeira atividade no dia 21 de outubro de 2024, com a temática “violência de gênero”, na Escola Júlio do Canto, voltada para alunos do programa EJA. A atividade contou com a participação de 5 extensionistas e envolveu 20 alunos, de idades distintas. A ação foi estruturada em etapas: inicialmente, apresentou-se uma explicação sobre as universidades públicas, enfatizando formas de ingresso e permanência. Em seguida, promoveu-se uma dinâmica de adjetivação, que buscou explorar as percepções dos alunos sobre os gêneros masculino e feminino, permitindo um espaço de discussão crítica sobre estereótipos de gênero.

1 Coletivo feminista do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria criado em 2015.

2 Outro programa de Extensão que busca aumentar a inserção dos estudantes vulnerabilizados nas Universidades Públicas, em especial na UFSM, e assim o faz por meio dos princípios da educação popular.

Após, houve a entrega da cartilha elaborada pelo projeto, com conceitos-chave explicitados de maneira acessível e informações sobre a relação entre o cinema, o Direito Internacional e as realidades locais. O material também apresenta dados estatísticos que ressaltam a gravidade de questões como a misoginia e a sub-representação das mulheres, fornece leis e diferentes âmbitos de proteção às mulheres e canais de denúncia e atendimento jurídico.

Enfim, os alunos assistiram ao primeiro episódio da minissérie *Maid* (Criada), que aborda a trajetória de uma jovem mãe que enfrenta os desafios da violência doméstica e do sistema de assistência social. A escolha da obra foi estratégica, conectando a narrativa aos Direitos Humanos, com enfoque especial na violência de gênero. Após a exibição, os alunos participaram de discussões orientadas, incentivando a reflexão crítica sobre questões sociais e a aplicação de normas, como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio, no cotidiano. A metodologia do projeto, que combina atividades lúdicas e debates, reforçou o diálogo entre o Direito Internacional e a localidade, fomentando um aprendizado significativo e colaborativo.

Ademais, o Cine realizou sua segunda ação externa novamente na Escola Júlio do Canto, no dia 07/11/2024, dessa vez como integrante da Semana Especial da Educação de Jovens e Adultos organizada pelos docentes e coordenadores da própria instituição. Nesse momento estavam presentes três extensionistas, o professor coordenador, e 12 alunos. Primeiramente, foi realizada uma conversa com os estudantes para entender os impactos deixados pela última ação, quais aprendizados os mesmos retiraram das discussões e quais eram as expectativas para aquela noite. Notou-se que os alunos se interessaram grandemente pela série apresentada, tendo alguns deles assistido os próximos episódios em suas casas.

Em seguida, foram sanadas as dúvidas que haviam ficado da última ação acerca do funcionamento da universidade pública e das formas de ingresso. Após as discussões iniciais mencionadas, com os alunos já mais confortáveis com a presença dos extensionistas, reexibiu-se os 15 minutos finais do episódio da série *Maid* e aplicou-se um jogo para pontuar os adjetivos listados na última ação em relação aos dois protagonistas da série. O jogo construiu-se por meio da leitura dos adjetivos listados, e uma votação de quais foi possível observar os comportamentos dos protagonistas homens e mulheres da série. Logo, reconheceu-se que, conforme os alunos haviam descrito as mulheres enquanto “boas mães” e “esforçadas”, a personagem da série também expressava-se desse modo. Já ao analisar o protagonista homem, somou-se a ele um novo adjetivo, anteriormente não descrito pelos alunos, “abusivo”.

Assim, a dinâmica supracitada possibilitou aos alunos refletir sobre os papeis de gênero e as expectativas sociais que circundam homens e mulheres. Para dialogar essa atividade com o Direito Internacional, foi realizada uma segunda dinâmica, na qual mencionou-se as leis que asseguram os direitos das mulheres trabalhadas no último encontro e propôs-se a criação de leis dos alunos para três níveis de atuação, a sala, a escola e o bairro. As leis criadas começaram por meio de brincadeiras. Contudo, as brincadeiras levaram a um debate sobre a importância de legislações que assegurem os direitos, contrapondo vontades individuais e coletivas e ampliando a percepção sobre a necessidade de existirem mecanismos legais que resguardem não apenas os direitos das mulheres, mas também de todos os seres humanos.

Em síntese, o Cine DH evidencia o potencial transformador da extensão universitária ao articular ensino, pesquisa e prática em prol da promoção dos direitos humanos. Por meio da combinação entre cinema, debates críticos e dinâmicas participativas, o projeto alcança um duplo objetivo: educar os participantes sobre o impacto do direito internacional em suas realidades locais e fomentar o engajamento cívico e a reflexão crítica sobre questões sociais. A atuação junto à comunidade, especialmente no âmbito da Educação de Jovens e Adultos (EJA), demonstra como o conhecimento acadêmico pode ser democratizado e aplicado de forma significativa para enfrentar desafios sociais e as desigualdades estruturais.

REFERÊNCIAS

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 97.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira*. Resolução nº 7, de 18 de Dezembro de 2018. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 20 nov. 2024.

REDE NACIONAL DE EXTENSÃO. *Plano Nacional de Extensão Universitária*. Natal: Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras, 1998. Disponível em: https://abmes.org.br/legislacoes/detalhe/2665. Acesso em: 20 nov. 2024.

O EMPREENDEDORISMO COMO MEIO DE RESSOCIALIZAÇÃO PARA MULHERES EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO SISTEMA PRISIONAL DE CAMPINA GRANDE – PB

*Raphaella Cristina de Araújo**

INFORMAÇÕES

O projeto de extensão, denominado como *A promoção de noções básicas de direito como meio de ressocialização para mulheres em situação de privação de liberdade do sistema prisional de Campina Grande* – PB, é um projeto de extensão do curso de direito da Universidade Estadual da Paraíba. Seu foco de estudo tem como objeto principal o presídio regional feminino local da cidade, tendo como abordagem os mais diversos meios de disseminação de informação e educação, tanto para as reeducandas da unidade quanto para a sociedade em geral, como um meio de desmistificar os tabus criados em volta do imaginário social que se tem de um presídio.

A proposta do Projeto Liberta vem como uma forma de combate aos impactos negativos vivenciados pelas reclusas no Presídio Regional Feminino de Campina Grande – PB, em razão do próprio encarceramento, numa tentativa de amenizá-los. Afinal, na prisão, o tempo é vivido de forma diferenciada, como algo vagaroso, cadenciado e compassado, e as aprisionadas precisam aprender a conviver entre si, em ambiente hostil, utilizando-se de poucos recursos para ali sobreviverem, tentando lidar com questões emocionais tanto de seus passados quanto de suas realidades presentes, além da ânsia com as perspectivas futuras. Assim, o projeto foca na divulgação, no debate, no estudo e na fiscalização da realidade das mulheres que se encontram em situação de privação de liberdade, a partir do uso das mais diversas ferramentas e dinâmicas para a realização de suas atividades.

No que tange à atuação social, o projeto promove ações de conscientização, difusão de informações, consultorias, arrecadação de itens de higiene, debates e palestras por meio virtual e presencialmente, tanto para a comunidade geral, quanto para as detentas da referida unidade. Desse modo, tem-se o intuito de buscar amenizar as problemáticas vivenciadas pelas mulheres em situação de privação de liberdade, publicizando e debatendo essas discussões para toda a sociedade, promovendo pontes para a ampla conscientização da população, a fim de quebrar preconceitos sociais.

Diante das barreiras culturais, a atuação do projeto busca a diversificação de seus meios e formas de atingir com relevância o meio social, realizando palestras, debates, rodas de conversa, podcast e postagens em sua página no Instagram *@projetoliberta_*, estando presente tanto em meio virtual quanto em eventos presenciais, abertos a toda a comunidade.

Neste contexto, as atividades realizadas pelo projeto tem um caráter educacional e social, buscando meios de promover o conhecimento e a reflexão sobre os demais temas e vivências das reeducandas do presídio regional feminino de Campina Grande, que, em sua última visita a unidade, teve como proposta de atividade uma aula de empreendedorismo feminino em suas mais diversas formas, para assim promover o conhecimento das possibilidades de meios de prover suas subsistências e carreiras, após conquistarem a liberdade, já que tendo em vista os preconceitos e dificuldades impostas a pessoas inseridas na sociedade conseguirem adentrar com eficiência o mercado de trabalho, não é garantido que as mesmas consigam com facilidade um emprego formal.

Desta forma, a promoção e estimulação de busca por independência financeira, por meio do trabalho liberal e do empreendedorismo, é um meio eficaz de trazer esperança e perspectiva de futuro para as mulheres que se encontram em situação de cárcere privado, e que muitas vezes não

* Graduanda do 4° período em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5447617417268675. E-mail: raphaella.cristina@aluno.uepb.edu.br.

tem noção de como mudar de vida e buscar a reinserção na sociedade, sem que acabe por recorrer a criminalidade por falta de meios de prover seu sustento.

A importância dos projetos de extensão é suma e compõe um dos três pilares da universidade, a pesquisa, o ensino e a extensão, sendo base da formação acadêmica, como meio de ofertar à sociedade uma troca com a comunidade acadêmica, possibilitando uma integração e aprendizado bilateral. Portanto, é primoroso e necessário a existência de projetos de extensão que visem realizar essa troca com a sociedade, devolvendo para a comunidade o conhecimento e o aprendizado em suas mais diversas formas.

PROJETO ESPAÇOS DE EDUCAÇÃO, SOCIALIZAÇÃO E CIDADANIA (ESC): A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA A SERVIÇO DA RESSOCIALIZAÇÃO DE JOVENS EM CONFLITO COM A LEI*

*Maria Fernanda da Silveira Feldmann***

Ninguém aprende a ser solidário ou a respeitar os direitos do outro só lendo livros. A educação é feita da cognição, mas, também de sentimentos, valores, emoções, que são desenvolvidas na vivência e experiência em comunidade propiciadas pela extensão. José Cláudio Rocha, 2022.

INFORMAÇÕES

O projeto de Extensão Espaços de Educação, socialização e cidadania (ESC) é uma ação executada desde o ano de 2019 na Universidade Federal de Santa Maria que resulta de uma parceria entre o Programa de Extensão NIIJuC/R (Núcleo Interdisciplinar de Interação Jurídica Comunitária/Residência) da UFSM, registrado no SIE/UFSM sob o nº 055778, o CEDEDICA (Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente) e o Centro de Referências Especializado de Assistência Social (CREAS), este último até o ano de 2023.

A ação funciona a partir de um fluxograma que inicia na realização de audiências junto à Vara da Infância e Juventude de Santa Maria (RS). Assim, a partir da designação de medidas socioeducativas aos jovens, no caso do Projeto apenas Prestação de Serviços à comunidade (PSC) — ainda que esta esteja associada à Liberdade Assistida (LA) —, a equipe do CEDEDICA elabora um Plano Individual de Atendimento (PIA) e entra em contato com os voluntários do projeto para designação de espaços, dentro da UFSM, para que essas medidas sejam cumpridas.

No ano de 2023, posterior ao período pandêmico em que se fez necessária uma pausa no projeto, havia a parceria com 7 espaços dentro da UFSM e cerca de 5 jovens cumprindo medidas.

No ano de 2024 contabilizam-se sete espaços parceiros dentro da Universidade para a realização do projeto (Planetário, Jardim botânico, Associação Equestre, Biblioteca, Orquestra Sinfônica, Turma do Ique e Acervo da UFSM). E a expectativa de pelo menos 10 jovens prestando serviços pelo projeto.

Outrossim, o projeto de extensão ESC era uma ação proposta pelo Departamento de Direito da UFSM, todavia, no ano de 2024 se propôs que esse fizesse parte do Observatório de Direitos Humanos (ODH), vinculado à Pró-Reitoria de Extensão da Universidade, para que houvesse a possibilidade de participação de discentes de outros cursos, e maior visibilidade e institucionalização da Extensão, nos moldes preconizados pela CNE.

RELATO

Para José Cláudio Rocha, "A extensão é muito mais do que só uma função da universidade, ela é o *locus* privilegiado da relação universidade-comunidade, contribuindo para a efetivação do compromisso social da universidade com o desenvolvimento humano, econômico, social e cultural". Nesse sentido, busca-se refletir sobre a importância da Extensão Universitária frente à comunidade por meio da observação do projeto ESC na UFSM.

A Extensão, portanto, é um pilar indissociável do Ensino e da Pesquisa para a formação e humanização dos indivíduos, principalmente por que ela promove a interação entre o co-

* **Orientação**: José Luiz de Moura Filho. Docente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Email: jose.filho@ufsm.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2827867861087587.

** **Graduanda do 4º semestre de Direito (UFSM). E-mail: feldmann.maria@acad.ufsm.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5743444311971513.**

nhecimento e as necessidades do corpo social.

Em adição, conforme, o Parecer do CNE/CES nº 576/2023, aprovado em 9 de agosto de 2023, que revisou as disposições previstas na Resolução que estabelece as diretrizes para a obrigatoriedade da Extensão no Ensino Superior brasileiro, é perceptível que a curricularização de ações extensionistas, apesar de ser debatia há alguns anos, é extremamente nova e incerta quanto à organização e a prática obrigatória.

É observável, então, um avanço por parte dos atores envolvidos na seara da Educação — notadamente do Governo Federal — uma vez que entende que a Extensão, para além de uma retribuição à sociedade pelo investimento público, é um meio de colocar os futuros profissionais em contato com a realidade na qual irão atuar como tais, sem falar no fato de que se constitui em uma troca de conhecimentos que se retroalimenta: levam o científico que, colocado à disposição daqueles que nunca frequentaram a Universidade, é por eles apropriado num processo dialógico que faz com que o(a)s estudantes, ao retornar à instituição, reflitam sobre o aprendizado de outros saberes e fazeres.

Assim, o projeto ESC abrange tanto a necessidade de ações extensionistas de caráter – muitas vezes, inicialmente, assistencialista – enquanto papel social da Universidade - quanto a formação de profissionais críticos e humanistas, principalmente dos estudantes nos cursos de Direito, onde o ensino dogmático a partir de estudos de casos que envolvem circunstâncias estranhas ao cotidiano de muitos daqueles excluídos, que agora chegam ao ensino superior, perpetua o elitismo da instituição.

Uma das justificativas para o desenvolvimento do projeto é, portanto, a efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) que em seu artigo 4º estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado a proteção integral dos menores, sem prejuízo da aplicação de medidas socioeducativas no cometimento de atos infracionais, as quais somente poderão ter este caráter se executadas em ambiente verdadeiramente educativo.

Tal circunstância se encontra explícita nos Princípios e Diretrizes do Plano Estadual de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul (Resolução CEDICA/RS 145/2016), onde se estabeleceu a primazia das medidas a serem cumpridas em meio a aberto: todavia, conforme explanado pelos profissionais é dificultoso encontrar lugares com estrutura e recursos que sejam em meio aberto, e até o advento Projeto, muitos jovens tinham que prestar serviços em locais absolutamente inapropriados, como hospitais e cemitérios, por exemplo.

A partir disso justifica-se a necessidade do apoio por parte da Universidade Federal de Santa Maria, e envolvimento dos discentes na organização do cumprimento das medidas, o que se dá por meio da Extensão, possibilitando-se aos jovens um meio seguro de um ambiente pedagógico.

Na obra *Modernidade Líquida*, Bauman ressalta a tendência da construção de comportamentos agressivos/defensivos mediante o ambiente em que se está inserido. É uma contraposição das medidas repressivas sobre as educativas. Assim, os jovens inseridos em realidades organizadas pelo sistema repressivo de comportamento tendem a reproduzir tais posturas em outras relações.

Dessa forma, as medidas socioeducativas em meio aberto, como a PSC, impostas a jovens em conflito com a lei, devem ser executadas de forma oportunizar experiências positivas de educação e relações sociais, visando a superação dos problemas que os levaram a cometer atos infracionais, e o ambiente acadêmico pode servir de estímulo a mudanças de comportamento que propiciem esta “virada de chave”.

A vivência e cumprimento das medidas no meio universitário é importante, pois promove um novo olhar à aprendizagem, pois coloca na relação professor-aluno um novo ator para a mudança social que o conhecimento produzido nas Universidades deve provocar, organizando a educação por meio do diálogo e acolhimento. Desse modo, se as instituições da sociedade são incapazes de oportunizar educação e dar uma nova perspectiva de vida aos jovens, ela é sem esperança e sem futuro.

Portanto, percebe-se que a Extensão funciona como uma via de mão dupla, permitindo que os estudantes, notadamente da área do Direito, vivenciem situações reais de jovens em conflito com a lei, e estes recebam uma oportunidade rica em desenvolvimento pessoal, para que possam explorar outras experiências em termos de relações sociais, "escapando" (por isso ESC do nome do Projeto) para espaços nos quais possam se sentir acolhidos, apesar de estarem prestando serviço, o que não se pode perder de vista.

Por fim, estes quase cinco anos de execução do Projeto ESC têm demonstrado a necessidade das práticas extensionistas serem institucionalizadas nos ambientes acadêmicos, já que medidas socioeducativas, por exemplo, para serem eficazes — ressocializarem — necessitam da contribuição de conhecimentos interdisciplinares, e nenhum lugar atende mais a este requisito que a Universidade, como o próprio nome o diz.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. São Paulo: Schwarcz - Companhia das Letras, 2001.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 17 out. 2024.

BRASIL. Parecer CNE/CES nº 576/2023. Brasília, DF: Ministério da Educação. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/docman/agosto-2023-pdf/251351-pces576-23/file. Acesso em: 17 out. 2024.

ROCHA, José Cláudio. Prefácio, In: THIOLLENT, Michel; IMPERATORE, Simone; SANTOS, Sonia Regina Mendes dos. *Extensão Universitária, Concepções e reflexões metodológicas*. Curitiba: Editora CRV, 2022.

ACADÊMICA



ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: TEORIA, JURISPRUDÊNCIA E CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO

SUBSTANTIAL ADDITION AND ITS APPLICATION IN BRAZILIAN LAW: THEORY, JURISPRUDENCE AND DEFINITION CRITERIA

*Richelle Santos Souza**
*Deysiane Ariele Nunes de Oliveira***

Resumo: O artigo analisa a teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro, destacando sua relevância e aplicação prática. Inicialmente, aborda-se o conceito de obrigação, explorando suas características e importância no contexto jurídico. Como se sabe, a convivência em sociedade implica em relações interpessoais, acompanhadas de direitos e deveres. Por meio das obrigações, cada cidadão assume o compromisso de cumprir o que foi acordado, especialmente nos termos de contratos estabelecidos. Contudo, há situações em que o acordado não é cumprido, resultando no inadimplemento. À vista disso, a presente obra tem como objetivo geral analisar e discutir a teoria do adimplemento substancial, definindo-o e explicando suas implicações jurídicas e sociais. O objetivo específico do trabalho consiste em apresentar os fundamentos teóricos e jurisprudenciais que sustentam a aplicação da teoria do adimplemento substancial, demonstrando como esse mecanismo pode ser utilizado para equilibrar os interesses das partes em contratos, tal como evitar a resolução contratual por motivos insignificantes. Metodologicamente, o estudo ampara-se em pesquisa exploratória, utilizando-se de levantamento bibliográfico, bem como artigos científicos, doutrinas e disposições normativas. A obra inclui exemplos de casos práticos e decisões judiciais que ilustram a aplicação da teoria. Ressalta-se que a hipótese testada é a de que o adimplemento substancial é uma ferramenta eficaz para promover a justiça contratual e a estabilidade nas relações jurídicas frente à rigidez contratual..

Palavras-chave: Adimplemento Substancial. Obrigação. Direito Contratual. Direito Brasileiro. Princípio Social.

Abstract: The article analyzes the theory of substantial performance in Brazilian law, highlighting its relevance and practical application. Initially, the concept of obligation is addressed, exploring its characteristics and importance in the legal context. As we know, living in society implies interpersonal relationships, accompanied by rights and duties. Through obligations, each citizen undertakes to fulfill what was agreed, especially under the terms of established contracts. However, there are situations in which the agreement is not fulfilled, resulting in default. In view of this, the general objective of this work is to analyze and discuss the theory of substantial compliance, defining it and explaining its legal and social implications. The specific objective of the work is to present the theoretical and jurisprudential foundations that support the application of the theory of substantial performance, demonstrating how this mechanism can be used to balance the interests of the parties in contracts, such as avoiding contractual termination for insignificant reasons. Methodologically, the study is based on exploratory research using bibliographical research, as well as scientific articles, doctrines and normative provisions. The work includes examples of practical cases and court decisions that illustrate the application of the theory. It is noteworthy that the hypothesis tested is that substantial performance is an effective tool to promote contractual justice and stability in legal relationships in the face of contractual rigidity.

Keywords: Substantial Compliance. Obligation. Contract Law. Brazilian Law. Social principle.

1. INTRODUÇÃO

A convivência em sociedade implica em relações interpessoais, acompanhadas de direitos e deveres. Por meio das obrigações, cada cidadão assume o compromisso de cumprir o que foi

*** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI). Integrante do Projeto de Extensão *Motyrum Penitenciário*. Estagiária da Secretaria de Estado da Saúde Pública (SESAP). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0533546987817451. E-mail: richellesantossouza@gmail.com.**

**** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Técnica de nível médio em marketing. Integrante da *Liga de Direito à Saúde* (LDS). Integrante do Projeto de Extensão *Motyrum Penitenciário*. Estagiária da Companhia de Processamento de Dados do Rio Grande do Norte (DATANORTE). Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/6562670331471502. E-mail: deysiariele321@gmail.com.**

acordado, especialmente nos termos de contratos estabelecidos. Contudo, há situações em que o acordado não pode ou simplesmente não é cumprido, resultando no inadimplemento. Assim, muitas são as formas existentes de inadimplência, mas nem todas levam à resolução contratual, muitas implicam apenas em responsabilização.

A resolução contratual ocorre quando a obrigação não pode mais ser cumprida ou quando o credor decide não exigir mais seu cumprimento. No entanto, essa resolução não é uma obrigação, mas sim uma faculdade que pode ser exercida em circunstâncias excepcionais e de extrema necessidade.

É nesse contexto jurídico e social que surge a teoria do adimplemento substancial, o que viabiliza, a partir desse cenário desafiador, o seguinte questionamento: quais os critérios de definição e aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial frente à segurança jurídica contratual?

Para responder tal pergunta, é necessário ter em mente que o objetivo geral consiste em analisar e discutir a teoria do adimplemento substancial, definindo-o e explicando suas implicações jurídicas e sociais.

Este propósito desdobra-se em objetivos específicos que apoia-se, primeiramente, em apresentar os fundamentos teóricos e jurisprudenciais que sustentam a aplicação da teoria do adimplemento substancial, demonstrando como esse mecanismo pode ser utilizado para equilibrar os interesses das partes em contratos; e, em segundo momento, compreender como a resolução contratual pode ser evitada, por meio da utilização da presente teoria, a fim de atender ao princípio do interesse público tutelado pela Constituição Federal de 1988.

A relevância do presente estudo encontra-se na escassez de pesquisas em torno do assunto, bem como pela relevância das conclusões aqui atingidas para a seara jurídica, especificamente em torno da doutrina e jurisprudência que pouco têm debatido sobre a problemática fruto desta pesquisa, assim como contribuir com respostas nacionais para a aplicação da presente teoria, fomentando uma transformação e desenvolvimento mais humano e democrático.

Ressalta-se que a hipótese testada é a de que o adimplemento substancial é uma ferramenta eficaz para promover a justiça contratual e a estabilidade nas relações jurídicas frente à rigidez contratual.

Metodologicamente, o estudo ampara-se em pesquisa exploratória, utilizando-se de levantamento bibliográfico, bem como artigos científicos, doutrinas e disposições normativas.

Estruturalmente, o presente artigo conta com esta introdução (tópico 1), além de cinco outros tópicos correspondentes a cada um dos objetivos específicos traçados. Assim, respectivamente, referentes à obrigação contratual e ao princípio da segurança jurídica (tópico 2), seguida por uma análise do desenvolvimento e problemáticas em torno da teoria do adimplemento substancial (tópico 3), posteriormente um estudo a respeito do inadimplemento insignificante (tópico 4), finalizando com um amplo arcabouço jurisprudencial (tópico 5), bem como um debate em torno do REsp nº 1.091.393, como sendo um positivo exemplo da efetiva aplicação da teoria do adimplemento substancial (tópico 6).

2. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A obrigação é um tema crucial que governa a maioria das interações entre pessoas, presentes em todas as esferas da vida, regulada pelo Código Civil de 2002. Essas obrigações são classificadas em obrigações de dar, fazer e não fazer.

Aline Valverde e Gisela Sampaio (2017) argumentam que a percepção da relação obrigacional, como relação complexa, deve abranger, além dos deveres de prestação, diversas outras situações

jurídicas subjetivas, concebidas não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento de cooperação social dirigido à satisfação do interesse legítimo das partes, e que se desenvolve, necessariamente, como um processo formado por uma série de atos obrigacionais entre ambos.

Os contratos, desta forma, são a principal fonte das obrigações, representando formas de cooperação entre as partes, onde cada uma possui direitos e deveres que devem ser respeitados para o cumprimento do que foi acordado. Em decorrência disso, as partes assumem compromissos que precisam ser cumpridos, sob pena de sofrerem consequências.

Tartuce (2011, p. 26) define contrato como sendo:

> [...] um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Tão importante quanto as obrigações são o adimplemento e o inadimplemento. A autonomia da vontade permite que as partes tenham liberdade para contratar e estabelecer as condições de cumprimento dos contratos, o que implica na obrigação de realizar o acordado.

O adimplemento é a execução completa e voluntária que encerra o vínculo entre os contratantes, pressupondo que a prestação realizada seja exatamente conforme foi originalmente ajustada, tanto em relação ao objeto quanto à forma, resultando na quitação da obrigação, como aponta Martins (2006, p. 96) "o cumprimento da prestação devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizerem instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas".

Por outro lado, o inadimplemento ocorre quando a obrigação ajustada não é cumprida, podendo ser absoluta ou relativa.

Nessa toada, merece registro do jurista brasileiro Nelson Rosenvald (2023, p. 613) apurando melhor o conceito de inadimplemento:

> Com efeito, em uma apreciação da obrigação limitada ao seu momento genérico, o inadimplemento da obrigação seria reduzido a duas situações: (a) o inadimplemento absoluto — decorrente da impossibilidade definitiva do cumprimento da prestação; (b) a mora — espécie de inadimplemento em que a obrigação ainda poderia ser cumprida, mesmo que de forma extemporânea.

A distinção entre eles reside na utilidade da prestação para o credor, conforme estipulado pelo art. 395, parágrafo único, do Código Civil de 2002. O inadimplemento absoluto caracteriza-se pela impossibilidade de cumprimento da obrigação, seja pela insolvência da prestação ou por não ser conveniente para o credor que ela seja realizada posteriormente, ocorrendo "quando a prestação não for cumprida, nem poderá sê-lo" (Alvim, 1980, p. 7), decorrendo "de impossibilidade ou de falta de interesse de credor em aceitar a prestação, quando esta ainda se apresenta possível" (Silva, 2002, p. 150).

Já o inadimplemento relativo, também conhecido como mora, ocorre quando a obrigação ainda é útil para o credor, permitindo que o devedor a cumpra posteriormente, mesmo que em atraso. Este tipo de situação é comum em obrigações pecuniárias, onde o pagamento pode ser realizado mesmo após o prazo estipulado. Orlando Gomes (2004, p. 197)

Ao dissertar acerca do inadimplemento relativo, utilizando nomenclatura diversa, afirma que:

> Cogita-se, na teoria do inadimplemento, da impossibilidade transitória. Não raro, a obrigação pode ser cumprida, e, não obstante, o devedor deixa de cumpri-la no vencimento. Embora viável, a prestação não é satisfeita pontualmente. Há, enfim, retardamento, culposo ou não, a que a ordem jurídica não fica indiferente.

É essencial diferenciar claramente os tipos de inadimplemento devido às consequên-

cias distintas que acarretam.

Sendo assim, no inadimplemento absoluto, o devedor pode ser responsabilizado patrimonialmente e o contrato pode ser desfeito. Já na mora, é possível purgá-la mediante o pagamento acrescido de juros e correção monetária, além das demais implicações financeiras. Caso não seja solucionada, a mora também pode levar à extinção contratual.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 390) advertem sobre as espécies de inadimplemento:

> [...] ambos referem-se ao descumprimento da prestação principal: dar, fazer ou não fazer. Enquanto o inadimplemento absoluto, porém, resulta da completa impossibilidade de cumprimento da obrigação, a mora é a sanção pelo descumprimento de uma obrigação que ainda é possível, pois, apesar de ainda não realizada, há viabilidade de adimplemento posterior.

Isso posto, observa-se que esta relação obrigacional refere-se aos deveres e responsabilidades que as partes envolvidas em um contrato concordam em cumprir, mediante os quais espera-se que seja construída uma sólida relação entre os envolvidos, com um especial foco na segurança jurídica contratual, bem caracterizado na lição de Arnaldo Rizzardo (2007, p. 4), que define obrigação como uma relação pela qual "alguém deve cumprir determinada prestação em favor de outrem. Ou sujeita-se o devedor a uma determinada prestação em prol do credor".

A segurança jurídica de um contrato é importante, porquanto garante a estabilidade das relações contratuais, protege contra alterações posteriores, promove a justiça e a confiança no Poder Judiciário, além de facilitar a coordenação das interações humanas, reduzindo a incerteza e insegurança no cumprimento das obrigações contratuais (Maluf, 2023).

Conforme defendido pelo professor de Direito Administrativo Strobel Guimarães (2023), segurança jurídica significa respeito às regras pactuadas entre as partes e às expectativas legítimas que existiam por ocasião da contratação. Implica respeito às regras e a convicção de que o que foi acordado pelas partes será respeitado por completo.

Todavia, como lidar quando o devedor cumpre substancialmente a obrigação, mas não pode realizar as partes remanescentes?

Este é o ponto central da teoria do adimplemento substancial, a qual será melhor aprofundada no tópico seguinte, começando com uma análise e conceituação da teoria do adimplemento substancial.

3. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: DESENVOLVIMENTOS E PROBLEMÁTICAS

À medida que as relações econômicas e sociais evoluíram, os ajustes contratuais também foram influenciados. O modelo tradicional do *pacta de sunt servanda*[1], que exigia o cumprimento absoluto dos contratos, passou a ser relativizado pelo conceito do equilíbrio contratual.

Este princípio do equilíbrio contratual permite que os contratantes revisitem o contrato em situações que causam desproporção entre as partes, protegendo-as para evitar o enriquecimento ilícito de uma parte às custas da outra.

Do equilíbrio contratual emerge, assim, a teoria do adimplemento substancial, embora importante, essa tese ainda não está codificada na legislação brasileira, mas é amplamente empregada na jurisprudência pátria.

O Código Civil de 2002, em seu art. 389, estabelece que, se um contrato for descumprido, o

1 Expressão latina que significa "os pactos devem ser cumpridos", sendo um princípio do Direito Civil e do Direito Internacional.

credor pode pleitear a extinção do contrato ou exigir seu cumprimento, com indenização patrimonial. Pela teoria apresentada, a parte prejudicada por um pequeno inadimplemento não poderia exigir a resolução do contrato, mas apenas a regularização dos pagamentos em juízo, com perdas e danos.

O contrato e seus dispositivos permanecem vigentes, discutindo-se apenas a normalização dos pagamentos em ação autônoma. No mesmo sentido é o entendimento do autor Marcos José De Paula (2020, p. 39), segundo o qual:

> Pela teoria do adimplemento substancial, originada no Direito Inglês como 'substantial performance', considera-se que quando a obrigação é cumprida em sua essência a ponto de satisfazer o credor, a resolução do contrato é afastada, preservando-se o contrato e tornando a resolução uma exceção.

Por conseguinte, no direito inglês, a teoria é conhecida como substantial *performance*. Já no Brasil, observa-se que, devido à influência dos ingleses, começou a ser adotada por volta de 1988. É uma forma de alcançar justiça contratual e preservar as relações, com pressupostos como o cumprimento substancial das obrigações, inadimplemento mínimo, e forma de cumprimento que atenda ao interesse do credor de maneira menos prejudicial ao devedor.

Ambas as partes devem ter seus direitos respeitados, a parte inadimplente ainda deve cumprir suas obrigações, enquanto a outra parte tem seu crédito garantido. O desafio é definir o que constitui inadimplemento ínfimo, uma questão controversa na aplicação da teoria.

3.1 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Embora o Código Civil de 2002 não mencione expressamente o adimplemento substancial, ele fornece os fundamentos desta tese, que sugere que um contrato não deve ser anulado se a maior parte das obrigações foi cumprida, promovendo justiça, equilíbrio econômico e cooperação.

Isso evita prejudicar quem, por várias razões, não consegue cumprir totalmente o acordo. Para ilustrar a questão supramencionada, tome-se o exemplo defendido por Farias e Rosenvald (2015):

> O adimplemento substancial surgiu, portanto, para impedir o exercício de um direito potestativo de resolução contratual por parte do credor em face de um mínimo descumprimento da obrigação, uma vez que o desfazimento do negócio jurídico acarretaria em sacrifício desproporcional quando comparado à sua manutenção. Desse modo, a teoria jurídica propõe que o credor busque uma tutela adequada e proporcional à percepção das prestações inadimplidas.

Assim, a utilidade social do contrato e a boa-fé objetiva são fundamentos do adimplemento substancial, por meio do Enunciado 361, observa-se que "o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, destacando a função social do contrato e a boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475".

A aplicação da teoria do adimplemento substancial também está alinhada com o princípio da conservação dos contratos, o qual orienta o direito civil moderno. Esse princípio sugere que o contrato deve ser mantido, sempre que possível, evitando-se sua extinção em face de pequenos descumprimentos. A resolução contratual, ou seja, a anulação do contrato, deve ser uma medida usada apenas quando o inadimplemento for tão significativo a ponto de comprometer o objeto principal do contrato.

Os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002, ao consagrarem a função social do contrato e a boa-fé objetiva, impõem um dever de comportamento leal entre as partes, exigindo que os contratantes ajam de forma honesta, cooperativa e confiável ao longo da execução contratual.

Além disso, o Enunciado 361 das Jornadas de Direito Civil, anteriormente mencionado, serve como uma orientação doutrinária importante, haja vista que reforça que a aplicação do art. 475 deve ser balizada pelos princípios da boa-fé objetiva e função social, os quais demandam uma

análise criteriosa do cumprimento substancial das obrigações.

Sob essa ótica, depreende-se que o art. 475, o qual trata da exceção de contrato não cumprido, não deve ser utilizado de maneira rígida e desproporcional, mas sim de acordo com a ideia de justiça e segurança contratual.

Além desses princípios, a jurisprudência brasileira tem dado importantes contribuições para a consolidação da teoria do adimplemento substancial. Diversas decisões judiciais, tanto em tribunais de primeira instância quanto em cortes superiores, têm considerado que pequenos inadimplementos não justificam a resolução do contrato. Essa abordagem busca, por um lado, garantir a continuidade dos negócios jurídicos e, por outro, evitar que uma das partes seja prejudicada, por um descumprimento que não afete o objeto essencial do contrato, o que será aprofundado no tópico que se segue.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E BOA-FÉ OBJETIVA COMO BASE PARA SUA APLICAÇÃO

A função social e a boa-fé objetiva são princípios fundamentais que sustentam a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro. Esses princípios têm sido amplamente discutidos pela doutrina, que os destacam, muitas vezes, como norteadores da conduta das partes contratantes, refletindo o papel dos contratos, não apenas como instrumento de interesse privado, mas também como garantidores da estabilidade nas relações econômicas sociais.

No que tange a função social do contrato, o art. 421 do Código Civil de 2002 é o ponto de partida para uma interpretação que ultrapassa os interesses individuais das partes, projetando os efeitos do contrato na sociedade. Assim, vale trazer a visão do jurista Gomes (2020, p. 50) ao ressaltar que a função social "inibe o exercício abusivo das faculdades contratuais e impõe que os interesses de ordem coletiva sejam considerados ao longo da relação contratual".

Gomes argumenta que a função social exige uma visão de um conjunto de relações contratuais, evitando que o credor, por exemplo, rompa o contrato por inadimplência insignificante, quando a maior parte da obrigação foi cumprida.

A teoria do adimplemento substancial, segundo Couto e Silva (2016), é um exemplo prático da aplicação da função social ao defender a manutenção do contrato, mesmo diante de pequenos descumprimentos, desde que a essência da obrigação tenha sido satisfeita. Isso impede que o contrato seja desfeito de maneira precipitada, evitando, assim, desequilíbrios econômicos e a frustração dos interesses das partes e da coletividade.

A boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do mesmo dispositivo legal supramencionado, também desempenha papel central na interpretação e aplicação do adimplemento substancial. Para Costa (2021, p. 172), a boa-fé objetiva "impõe às partes contratantes uma conduta de cooperação, lealdade e confiança mútua, exigindo que, mesmo diante de pequenas falhas, o contrato seja cumprido em sua finalidade social".

A mencionada advogada brasileira argumenta que esse princípio não se limita às obrigações expressas, mas abrange também deveres acessórios de conduta que garantem o equilíbrio e a estabilidade da relação contratual.

Ainda segundo Wald (2019), a boa-fé objetiva funciona como uma cláusula geral de conduta, impondo limites ao exercício de direitos contratuais e evitando que uma parte tire proveito de pequenas inadimplências para extinguir o contrato e obter benefícios desproporcionais.

Urge mencionar, nesse sentido, que o comportamento das partes deve ser guiado pelo princípio da razoabilidade, impedindo que pequenos inadimplementos sejam usados como

justificativa para romper o contrato.

Boa parte da doutrina, em suma, reforça a noção de que a resolução contratual deve ser sempre a última alternativa, conforme também defendido por Gonçalves (2020, p. 356), a resolução "não pode ser decretada de maneira automática ou desproporcional, sobretudo quando o adimplemento foi substancial e o inadimplemento mínimo".

Esses princípios, consagrados tanto no Código Civil de 2002 quanto na doutrina, orientam a aplicação da teoria do adimplemento substancial, promovendo justiça e equilíbrio nas relações contratuais. Ao proteger a parte que cumpriu a maior parte de suas obrigações contra a penalização desproporcional por pequenos descumprimentos, o direito brasileiro busca preservar os direitos e deveres das partes de acordo com o objetivo social e econômico do contrato.

4. CRITÉRIOS DEFINIDORES DO INADIMPLEMENTO INSIGNIFICANTE

O inadimplemento insignificante é um conceito que surge da necessidade de balancear a rigidez das normas contratuais com a realidade prática das relações jurídicas. A doutrina, especialmente conforme defendido por Cláudia Lima Marques (2021), argumenta que a não execução parcial ou execução defeituosa de uma obrigação não deve ensejar, automaticamente, a resolução do contrato.

Um dos critérios fundamentais para a classificação do inadimplemento como insignificante é a magnitude do descumprimento. A análise deve levar em conta se a parte devedora cumpriu a maior parte da obrigação, sendo razoável considerar insignificante um descumprimento de uma pequena fração.

Além disso, o tempo de atraso é um fator que não pode ser desconsiderado, em situações que o atraso é pontual e não compromete a execução do contrato, é possível, pois, que tal inadimplemento seja classificado como insignificante. O entendimento de Gustavo Tepedino (2022), reforça essa perspectiva, ao afirmar que a simples demora na entrega de um produto, quando não afeta o resultado final, não justifica a resolução do contrato.

Outro aspecto relevante é o impacto do descumprimento no resultado esperado do contrato, visto que o art. 476 do Código Civil de 2002 estabelece que o devedor pode exigir da parte credora a execução da obrigação, desde que não tenha ocorrido uma diminuição relevante do valor da prestação.

Assim, se o descumprimento não comprometer significativamente o resultado esperado, pode ser considerado insignificante, ademais, a intenção do devedor é um critério que deve ser avaliado.

Em consonância, Maria Helena Diniz (2019) destaca que a boa-fé deve ser analisada na avaliação do inadimplemento, pois a intenção de cumprir a obrigação é um indicativo da insignificância do descumprimento.

Em suma, faz-se imprescindível salientar que a aplicação dos critérios definidores do inadimplemento insignificante visa promover um equilíbrio nas relações contratuais, evitando a resolução em situações que não comprometam a essência do pacto.

Essa análise criteriosa e contextualizada das circunstâncias é fundamental para assegurar a função social do contrato, garantindo que a justiça, tal como a segurança contratual prevalecem nas relações jurídicas. O inadimplemento insignificante deve ser tratado como uma exceção e não como uma regra, buscando sempre adequar as soluções jurídicas às particularidades de cada caso concreto.

5. ACESSIBILIDADE DAS VÍTIMAS À JUSTIÇA

A jurisprudência brasileira acerca do adimplemento substancial é marcada por um intrincado diálogo entre diferentes decisões, que simultaneamente, se complementam e se contradizem.

A seguir, serão discutidas algumas dessas decisões proferidas por tribunais superiores pátrios que, ao tratar da teoria do adimplemento substancial, revelam sua complexidade e a evolução do entendimento jurídico sobre a matéria.

A primeira que merece comentário é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Agravo em REsp nº 1.239.064/PR. Nessa decisão, o STJ estabeleceu um precedente significativo ao reconhecer a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em situações de descumprimento parcial de obrigações contratuais. O tribunal sustentou que a rescisão contratual não deve ser vista como a única solução para descumprimentos que não comprometem a essência do contrato, comprometendo a essência do contrato.

Ao priorizar a função social do contrato, a decisão enfatiza a importância da boa-fé e da continuidade das relações contratuais. Assim, ao analisar o caso, o STJ não apenas defendeu a manutenção do vínculo contratual, mas também a busca por soluções que preservem a confiança entre as partes, indicando um avanço na compreensão da flexibilidade necessária nas relações contratuais.

Outra importante decisão que merece comentário é a Apelação Cível nº 1000623-15.2018.8.26.0590, assim ementada:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Inadimplemento reconhecido. Alegação de cobrança vexatória por meio de ligações telefônicas e mensagens de texto. Elementos dos autos insuficientes a demonstrar que a cobrança ultrapassou os limites do exercício regular do direito de cobrança. Dano moral não caracterizado. Fatos constitutivos do direito do autor não demonstrados (art. 373, I, CPC). Sentença de improcedência mantida e confirmada nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso desprovido (TJSP - AC: 10055466820188260590 SP 1005546-68.2018.8.26.0590, Relator: Flávio Cunha da Silva, Data de Julgamento: 26/06/2019, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/06/2019).

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), ao decidir por aplicar o adimplemento substancial, reforçou a ideia de que a resolução contratual não deve ser a solução automática em casos de descumprimento. Enfatizou-se, desta forma, que a análise deve considerar a boa-fé do devedor e a proporcionalidade da resposta ao descumprimento.

Este entendimento vai de encontro da perspectiva de que, em algumas situações, a manutenção da relação contratual pode ser mais benéfica do que a ruptura. Ao promover essa análise, o TJSP demonstra um avanço na aplicação da teoria, propondo que o valor das relações contratuais deve ser resguardado em face de descumprimentos que, embora existentes, não comprometam a essência do contrato.

Em outro contexto, tem-se a Apelação Cível nº 1003155-36.2016.8.26.0564, também do TJSP. Nesta decisão, reitera-se a aplicação do adimplemento substancial, mas faz uma análise crítica do grau de descumprimento. O Tribunal sublinha que a rescisão deve ser analisada em conformidade com a essência do contrato, ponderando as consequências para as partes. Essa abordagem reforça a ideia de que a preservação das relações contratuais é desejável, destacando que as consequências de uma rescisão abrupta podem ser desproporcionais. Assim, o TJSP amplia o debate sobre o adimplemento substancial, sugerindo que a flexibilidade deve ser aplicada em contextos que favoreçam o diálogo e a continuidade das relações.

Por fim, no REsp nº 1731193/SP, a Terceira Turma concluiu que a prestação deficitária ou incompleta de um serviço só representa cumprimento parcial da obrigação quando atende à necessidade do contratante; do contrário, estará configurado o inadimplemento total, conforme ementa:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESENVOLVIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DE SOFTWARE EMPRESARIAL. IRRESIGNAÇÃO SUBMETIDA AO NCPC. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. EXTINÇÃO DO NEGÓCIO E PEDIDO DE

> PERDAS E DANOS. EXECUÇÃO DA DÍVIDA PELA PARTE CONTRÁRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO VERIFICADA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CUMPRIMENTO PARCIAL NÃO CONFIGURADO. POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO QUE SE IMPÕE COMO CONSECTÁRIO NATURAL. PERDAS E DANOS AFASTADOS, PORQUE NÃO COMPROVADO O NEXO CAUSAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

5.1 A DIALÉTICA DAS DECISÕES

As decisões examinadas revelam um panorama dinâmico e multifacetado sobre a teoria do adimplemento substancial, refletindo a tensão entre a flexibilidade nas relações contratuais e a necessidade de proteção dos direitos das partes.

Por um lado, algumas dessas decisões promovem uma abordagem mais permissiva, permitindo que os contratos sejam mantidos mesmo diante de descumprimentos parciais, o que indica um reconhecimento da importância das relações contratuais e da boa-fé. Por outro lado, outras decisões impõem restrições à aplicação da teoria, enfatizando a necessidade de proteger partes vulneráveis, como consumidores, em contextos onde a desigualdade de poder é evidente.

Essa complexidade é amplificada pela variedade de contextos contratuais abordados nas decisões, que vão desde contratos de adesão a contratos de consumo, revelando que a aplicação da teoria do adimplemento substancial não é uniforme e requer uma análise cuidadosa das circunstâncias específicas de cada caso.

A interação entre essas decisões destaca a importância do diálogo contínuo entre jurisprudência e doutrina, bem como a necessidade de um marco regulatório que contemple as nuances das relações contratuais.

Além disso, a evolução da jurisprudência sobre adimplemento substancial pode ter implicações significativas na elaboração de políticas públicas e na regulamentação do mercado, uma vez que as decisões judiciais podem servir de guia para legisladores, bem como para o aprimoramento das leis de proteção ao consumidor. A análise crítica das decisões não apenas ilumina o estado atual da aplicação da teoria, mas também aponta direções para sua evolução, buscando uma maior coesão e justiça nas relações contratuais.

Entretanto, essa relação entre jurisprudência e políticas públicas é frequentemente prejudicada pela falta de comunicação e coerência entre as decisões judiciais. A ausência de uma linha interpretativa uniforme pode gerar insegurança jurídica, haja vista que diferentes tribunais podem chegar a conclusões divergentes sobre o mesmo assunto, assim como observado no adimplemento substancial. Isso não apenas confunde os operadores do direito, mas também dificulta a elaboração de políticas públicas consistentes que atendam às reais necessidades das partes envolvidas.

A incoerência nas decisões judiciais pode levar a um ambiente de incerteza, onde os consumidores e empresários ficam apreensivos sobre seus direitos e deveres contratuais. Essa situação reforça a necessidade de uma reflexão crítica e sistemática sobre como a jurisprudência pode se comunicar de forma mais efetiva, promovendo um diálogo entre as diferentes esferas do direito e contribuindo para um arcabouço legislativo mais sólido e coeso.

Para Da Silva e Pallis da Silva (2018, p. 1):

> Não se trata, evidentemente, de um problema que acomete apenas a mais alta corte do país, mas de algo que se estende estruturalmente por todo o Poder Judiciário, e que, somado especialmente a um certo "decisionismo" que tende a

> prevalecer nesse contexto, reforça a descrença nas instituições e põe em xeque a plena concretização dos direitos formalmente estampados na Constituição.

Sem essa articulação, a aplicação da teoria do adimplemento substancial pode perder a sua eficácia, prejudicando não apenas as relações contratuais, mas também o próprio desenvolvimento de um sistema jurídico que busca a justiça e a equidade nas relações de consumo. A falta de uma interpretação uniforme e consistente pode criar um cenário em que as partes se sintam desprotegidas, minando a confiança nas instituições jurídicas e desestimulando a celebração de contratos, fundamentais para o desenvolvimento econômico e social.

Portanto, é essencial que haja um esforço conjunto entre o Judiciário, Legislativo e doutrinadores para estabelecer diretrizes claras que promovam uma interpretação mais harmoniosa da teoria do adimplemento substancial, garantindo que a proteção ao consumidor e a segurança jurídica sejam efetivamente alcançadas.

6. RECURSO ESPECIAL Nº 1.091.393: UTOPIA OU UMA EFETIVA APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS?

Para melhor compreensão da aplicação da teoria do adimplemento substancial, é útil analisar um caso prático, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No julgamento do REsp nº 1.091.393, o STJ reconheceu a presença do adimplemento substancial ao considerar que o devedor havia quitado quase a totalidade da dívida, restando apenas uma parcela em aberto.

O Tribunal entendeu que a resolução do contrato seria desproporcional e em desacordo com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, conforme preconizado nos arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002, que enfatizam a necessidade de lealdade e colaboração nas relações contratuais.

Esse julgamento é importante, porquanto ilustra a aplicação efetiva dos fundamentos teóricos que sustentam a teoria do adimplemento substancial. Assim, a execução parcial de uma obrigação não deve, por si só, justificar a anulação do contrato. A análise do contexto fático é essencial, pois a simples falta de cumprimento de uma pequena fração da obrigação não compromete o resultado final do contrato (Marques, 2021).

Nessa seara, a decisão do STJ ecoa o entendimento de Diniz (2019), ao defender a necessidade de considerar a intenção do devedor e a boa-fé na avaliação do inadimplemento. Esse posicionamento reforça a ideia de que a função social do contrato deve prevalecer sobre a rigidez formal, evitando que pequenas falhas sejam utilizadas como pretexto para a resolução do contrato.

Assim, o presente caso em análise se torna um importante pilar ao exemplificar como a aplicação da teoria do adimplemento substancial pode efetivamente proteger os interesses de ambas as partes e promover a estabilidade nas relações contratuais, evitando o uso excessivo da resolução contratual, que desestabiliza o mercado e prejudica a confiança nas relações comerciais.

Essa decisão do STJ reflete um avanço significativo na aplicação da teoria do adimplemento substancial, abordando uma questão central nas relações contratuais, sendo esta: o que caracteriza um inadimplemento relevante.

Segundo Marques (2021), a boa-fé objetiva não apenas fundamenta a teoria do adimplemento substancial, mas também exige uma análise cuidadosa das circunstâncias em que o inadimplemento ocorreu. A autora destaca que a execução parcial de uma obrigação não deve, por si só, justificar a rescisão do contrato, especialmente quando essa execução

é substancial e atende ao propósito da relação contratual.

A importância da análise do contexto fático se torna evidente quando se observa que a simples falta de cumprimento de uma pequena fração da obrigação não compromete o resultado final do contrato. Tepedino (2022), em seus estudos, enfatiza que o impacto do inadimplemento deve ser ponderado em relação ao todo da obrigação. Se a execução do contrato não sofre prejuízo significativo em decorrência de um inadimplemento menor, a rescisão contratual pode ser considerada uma medida excessiva e desproporcional.

Ademais, a decisão do STJ também dialoga com a doutrina de Diniz (2019), que defende a consideração da intenção do devedor na avaliação do inadimplemento. A boa-fé, neste sentido, é um elemento essencial que deve ser analisado, visto que a intenção de cumprir a obrigação indica que o descumprimento, em certos casos, pode ser considerado insignificante.

Esse alinhamento com a boa-fé objetiva e a função social do contrato ajuda a assegurar que o foco da análise seja a manutenção das relações contratuais, evitando que questões meramente formais levem à resolução de contratos.

Por fim, o julgamento do REsp nº 1.091.393 ilustra a aplicação prática da teoria do adimplemento substancial, promovendo uma interpretação que prioriza a justiça e a equidade nas relações contratuais. O julgado ilustra, pois, que a aplicação dessa teoria protege os interesses de ambas as partes, evitando que pequenas falhas sejam utilizadas como pretexto para a resolução do contrato.

Dessa forma, o STJ, por meio deste caso, reafirma a necessidade de uma abordagem mais flexível e contextualizada, que busca a estabilidade nas relações contratuais e reforça a confiança nas transações comerciais. Essa análise cuidadosa contribui para a construção de um sistema jurídico mais coeso e eficaz, alinhado aos princípios que regem o direito civil contemporâneo e às expectativas das partes envolvidas nas relações contratuais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do início do debate em torno da aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro, procedeu-se ao estudo dos seus critérios de definição, problemáticas em torno da aplicação, tal como análise jurisprudencial.

Com o presente estudo, observou-se que a vida em sociedade envolve interações entre indivíduos, nas quais direitos e deveres caminham juntos. Ao assumir obrigações, cada cidadão se compromete a cumprir aquilo que foi estabelecido, especialmente em contratos firmados. No entanto, em algumas circunstâncias, o combinado não pode ou não é efetivamente cumprido, levando ao descumprimento da obrigação, conhecido como inadimplemento.

Ficou evidente que os contratos representam a principal origem das obrigações, funcionando como instrumentos de cooperação entre as partes. Neles, cada envolvido possui direitos e deveres que devem ser observados para garantir o cumprimento do que foi estipulado. Assim, ao firmarem um contrato, as partes assumem compromissos que devem ser honrados, sob o risco de enfrentarem eventuais consequências.

Além disso, constatou-se que a manutenção do equilíbrio contratual deu origem à teoria do adimplemento substancial, a qual busca preservar a finalidade dos contratos quando a maior parte da obrigação já foi cumprida. Embora essa teoria desempenhe um papel relevante na proteção dos contratantes contra rescisões abusivas, ela ainda não está expressamente prevista na legislação brasileira. No entanto, sua aplicação tem sido amplamente reconhecida e consolidada na

jurisprudência nacional, servindo como fundamento para diversas decisões judiciais que buscam garantir a justiça e a boa-fé nas relações contratuais.

No que se refere à função social do contrato, destacou-se que o art. 421 do Código Civil de 2002 serve como base para uma interpretação que vai além dos interesses particulares dos contratantes, considerando também os impactos que o contrato pode gerar na sociedade como um todo.

Ficou claro, portanto, que os critérios para definir o inadimplemento insignificante derivam da necessidade de equilibrar a rigidez das normas contratuais com a realidade prática das relações jurídicas. A maior parte da doutrina defende que o descumprimento parcial ou a execução imperfeita de uma obrigação não devem, de forma automática, resultar na rescisão do contrato.

Diante da vasta quantidade de precedentes jurisprudenciais relacionados à teoria do adimplemento substancial, foram analisadas algumas decisões proferidas pelos tribunais superiores do país. Esses julgados, ao tratarem dessa teoria, não apenas evidenciam sua complexidade, mas também demonstram a evolução do entendimento jurídico sobre o tema. A análise dessas decisões permite compreender como o Poder Judiciário tem aplicado esse conceito na prática, buscando conciliar a segurança jurídica com a equidade nas relações contratuais, evitando a resolução desproporcional de contratos quando a maior parte da obrigação já foi cumprida.

Por fim, foi realizada uma análise do REsp nº 1.091.393 do STJ, decisão na qual se reconheceu a incidência da teoria do adimplemento substancial, uma vez que o devedor já havia quitado quase a totalidade da dívida, restando apenas uma parcela pendente. Trata-se de um julgado de grande relevância, pois exemplifica a aplicação prática dessa teoria, reforçando uma interpretação que valoriza a justiça e a equidade nas relações contratuais, evitando a rescisão desproporcional do contrato em situações em que a obrigação foi cumprida em sua maior parte.

Com base na análise desenvolvida ao longo deste artigo, sustenta-se que a teoria do adimplemento substancial desempenha um papel fundamental como instrumento de equilíbrio nas relações contratuais. Essa abordagem não apenas favorece a justiça, mas também contribui para a preservação da segurança jurídica e da estabilidade dos contratos, evitando rescisões precipitadas decorrentes de pequenos inadimplementos. Ao mitigar os efeitos da rigidez contratual, essa teoria garante que os princípios da boa-fé e da função social do contrato sejam devidamente observados, proporcionando soluções mais justas e razoáveis para ambas as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Da *inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 361. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472. Acesso em: 8 ago. 2024.

DA SILVA, Carlos José Santos; PALLIS DA SILVA, José Victor. *As supremas incoerências que fazem do Judiciário uma "loteria togada"*. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/supremas-incoerencias-causam-inseguranca-juridica.Acesso em: 9 out. 2024.

DE PAULA, Marco José. *A teoria do adimplemento substancial da obrigação no Brasil.* Disponível em: https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/43-67_Marcos_Jos%C3%A9_Paula_Teoria_adimplemento.pdf. Acesso em: 9 out. 2024.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Contratos. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 16. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Obrigações. 16. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Contratos e Responsabilidade Civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*: Contratos e atos unilaterais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 356.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *iNFRADebate*: Segurança jurídica nos contratos de concessão e a responsabilidade do administrador pelo descumprimento do contrato. Agência INFRA, 2023. Disponivel em: https://agenciainfra.com/blog/*infradebate*-seguranca-juridica-nos-contratos-de-concessao-e-a-responsabilidade-do-administrador-pelo-descumprimento-do-contrato. Acesso em: 9 out. 2024.

MALUF, Gabriela de Britto. *Segurança jurídica*: entenda a importância e como garantir em seus negócios. UPlexis, 2023. Disponível em: https://uplexis.com.br/blog/artigos/seguranca-juridica. Acesso em: 9 out. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, p. 15-39, 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos*: Teoria Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PETEFFI, Rafael. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado*, ano XXII, n. 68, dez. 2002, p. 135–153.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Da Boa-Fé no Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.091.393/SC. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802177170&dt_publicacao=25/05/2009. Acesso em: 15 out. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação nº 1000623-15.2018.8.26.0590. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. 2019. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br. Acesso em: 18 out. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação nº 1003155-36.2016.8.26.0564. Relator: Desembargador Carlos Alberto de Salles. 2017. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br. Acesso em: 18 out. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1731193/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800649572&dt_publicacao=25/09/2020. Acesso em: 18 out. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.239.064/PR. Relator: Ministra Maria

Isabel Gallotti. 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 14 out. 2024.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*: Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Contratos*: Teoria Geral e Formação. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Adimplemento substancial e tutela do interesse do Credor: Análise da decisão proferida no REsp* 1.581.505. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/10. Acesso em: 10 out. 2024.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil*: Obrigações e Contratos. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALÉM DA *SUMMA DIVISIO*: A HIBRIDIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA EMERGÊNCIA DO DIREITO DO TERCEIRO SETOR

BEYOND THE SUMMA DIVISIO: THE HYBRIDIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW IN THE EMERGENCE OF THIRD SECTOR LAW

*Karoline Rodrigues Firmino**

Resumo: Este artigo analisa a emergência do direito do terceiro setor como resultado da expansão dos direitos sociais no constitucionalismo pós-moderno e transformações do papel do Estado, levando à hibridização entre direito público e privado, especialmente no âmbito do direito administrativo. Partindo do tradicional princípio da *Summa Divisio*, examina-se como o surgimento das organizações da sociedade civil e sua crescente importância na prestação de serviços públicos têm desafiado as fronteiras clássicas entre os campos público e privado. O trabalho apresenta uma análise interdisciplinar, estruturada em três eixos — econômico, científico-social e jurídico — e propõe ferramentas conceituais para compreender este fenômeno, incluindo uma adaptação do "Triângulo do Bem-Estar Social" de Victor Pestoff e uma integração inédita das doutrinas jurídicas brasileiras contemporâneas. Conclui-se que o reconhecimento de um direito do terceiro setor não é apenas possível, mas necessário para a modernização do direito administrativo e para a efetiva regulação das relações entre Estado e sociedade civil no contexto contemporâneo.

Palavras-chave: Terceiro Setor. Sociedade Civil. Hibridização do Direito. Interdisciplinaridade. Direito do Terceiro Setor.

Abstract: This article analyzes the emergence of third sector law as a result of the expansion of social rights in post-modern constitutionalism and transformations in the role of the State, leading to hybridization between public and private law, especially in the scope of administrative law. Starting from the traditional principle of ***Summa Divisio****, it examines how the emergence of civil society organizations and their growing importance in the provision of public services have challenged the classical boundaries between public and private fields. The work presents an interdisciplinary analysis, structured in three axes — economic, social-scientific, and legal — and proposes conceptual tools to understand this phenomenon, including an adaptation of Victor Pestoff's "Triangle of Social Welfare" and an unprecedented integration of contemporary Brazilian legal doctrines. It concludes that the recognition of a third sector law is not only possible but necessary for the modernization of administrative law and for the effective regulation of relations between the State and civil society in the contemporary context.*

Keywords: Third Sector. Civil Society. Hybridization of Law. Interdisciplinarity. Third Sector Law.

1. INTRODUÇÃO

A divisão entre direito público e direito privado vem da tese de Ulpiano acerca da proposta de uma categorização didática fundamental no direito. Conforme o Digesto, "Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet", o direito público diz respeito ao *estado de coisas* do Estado, e o direito privado corresponde ao interesse de cada indivíduo. Apesar de se tratar de uma divisão didática e não de uma separação teórica absoluta, esse paradigma ulpiano prevalece na organização doutrinária do direito, muitas vezes de forma ortodoxa e estática. No direito administrativo, essa divisão se manifesta, por exemplo, no tratamento de entidades e mecanismos comuns ao direito privado como objetos indevidos no campo publicista (Jakab, 2016).

Especialmente após a reforma administrativa da década de 1990, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, emerge de forma consistente a descentralização de serviços públicos, seja por meio de parcerias econômicas, como as concessões públicas, ou de parcerias sociais, envolvendo entidades privadas sem fins lucrativos. A reforma gerencial de 1995, liderada pelo ministro Luiz Bresser Pereira, é apontada na literatura como o estopim da história do terceiro setor no Brasil. Trata-se de um setor situado entre o Estado (primeiro setor) e o mercado (segundo setor), configurando uma *terceira via* de ação, preponderantemente atuando na área de direitos sociais e difusos em colaboração com o

* Graduada pela Universidade Paulista. E-mail: krodrigues.firmino2@gmail.com.

Estado. Esse é o setor das "entidades privadas com adjetivos públicos" (Paes, 2021, p. 80).

Emerge o terceiro setor, que representa a hibridização ou a reunião interdisciplinar entre os campos do direito público e privado, anteriormente separados disciplinarmente. Isso se reflete nas diversas relações estabelecidas entre entidades privadas e o poder público para a construção e realização de políticas públicas. Mais precisamente, reconhece-se uma transformação na relação Estado-sociedade, em que a sociedade civil adquire autonomia e passa a ser vista como um setor socioeconômico independente, distinto do Estado (primeiro setor) e do mercado (segundo setor). Com interesses, posições e articulações próprias junto aos demais setores, ela se consolida como um importante ator da esfera pública, uma vez que o Estado não detém mais o monopólio dessa esfera[1].

Essa reunião e hibridização entre direito público e privado se manifesta de forma particularmente intensa em um ambiente essencialmente heterogêneo. O terceiro setor, o *tertium genus* entre Estado e sociedade, refere-se aos entes privados que exercem funções de interesse público primário. Essas organizações se desenvolveram preponderantemente em contextos de crises dos sistemas representativo político, econômico e social.

Inicialmente associado às entidades paraestatais — termo cunhado pelo direito italiano por meio de um Decreto-Lei de 1924 para designar "entes paraestatais, ao lado das autarquias" (Di Pietro, 2024, p. 549) —, essas entidades eram caracterizadas como pessoas jurídicas *semipúblicas* e *semiprivadas*. Hoje, o terceiro setor não se limita a entidades sem fins lucrativos, como associações e fundações, mas também inclui entes *sui generis*, como as cooperativas.

Embora constituídas como associações, as cooperativas são tratadas como uma espécie de sociedade simples (conforme o art. 982 do código civil), sujeitam-se à inscrição na junta comercial (vide o enunciado nº 69 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal) e permitem a distribuição do chamado *excedente cooperativo* aos cooperados. Assim, observa-se um grau de hibridização de normas no âmbito do regime jurídico privado, uma vez que permite que associações distribuam algo semelhante ao lucro (Di Pietro *apud* Paes, 2021, p. 47).

Essa fusão de regimes e institutos jurídicos diversos é mais evidente no direito público, particularmente no diálogo e na conexão entre o ordenamento privado e o direito administrativo. As inúmeras fundações, associações e até mesmo a incorporação da figura do consórcio público, permitida pela Lei nº 11.107/2005, ilustram uma interação extremamente complexa e nem sempre intuitiva entre diferentes áreas do direito.

Portanto, a dinamicidade e complexidade representam um desafio para o direito administrativo, especialmente considerando a principiologia que rege a Administração Pública. Embora o terceiro setor seja uma força antiga da sociedade, possivelmente anterior ao Estado em suas formas atuais, só foi reconhecido recentemente pelo estado democrático de direito. Esse reconhecimento abrange a existência de uma atuação independente na esfera pública, que tanto deriva quanto contribui para a expansão dessa esfera[2].

Diante da natureza heterogênea e polissêmica dos conceitos e institutos de uma área com estudos jurídicos ainda incipientes, adota-se como substrato epistemológico e metodológico a teoria do direito conforme proposta por Richard Posner. Em sua obra *Fronteiras da*

1 "No Brasil e no mundo, é cada dia mais evidente que o Estado não é o proprietário exclusivo do interesse público, do altruísmo social. Não somente porque muitas vezes alguns setores estatais são indevidamente tomados por interesses corporativos, se sobrepondo ao interesse público a que estariam destinados por institucionalização, como também porque, na sociedade liberal capitalista democrática, o interesse privado, mais do que um motor, é um valor a ser protegido e estimulado. É um valor de interesse público. Sem a defesa da pessoa, da propriedade, da liberdade, inexistem mercado e voto (Falcão *apud* Paes, 2021, p. 80).

2 [...]. Entretanto, esse novo sentido, embora tenha confundido muitos, não impediu a capacidade daqueles setores [movimentos sociais] que acumularam práticas e experiências nos anos 80, de se organizarem na última década, defenderem seus interesses e proporem formas de gestão e políticas que se orientam em direção a uma ampliação da esfera pública e da cidadania (Gohn *apud* Paes, 2021, p. 90).

Teoria do Direito, Posner argumenta que a teoria do direito "deve tratar dos problemas práticos do sistema jurídico, mas sob uma perspectiva externa, valendo-se de ferramentas de outras disciplinas" (Posner, 2011, p. IX). Para o autor, essa abordagem é fundamental, pois o aperfeiçoamento do direito, ao contrário de sua aplicação prática, depende da incorporação de conhecimentos extrajurídicos. Nesse sentido, este trabalho apresenta conceituações extrajurídicas de base sociocientífica, organizadas em três eixos principais de análise: (i) econômico; (ii) científico-social; e (iii) jurídico.

No eixo econômico, faz-se a definição básica dos setores econômicos, proveniente da economia clássica e é apresentada uma ferramenta analítica adaptada do diagrama conceitual de Victor Pestoff, intitulado "Triângulo do Bem-estar Social" (vide Diagrama 1), que expõe de forma mais abrangente os setores econômicos, com suas diferentes gradações e formatos, assim como seus inter-relacionamentos.

No eixo científico-social, são exploradas as ideias apresentadas por Luiz Carlos Bresser-Pereira no artigo *Estado, Estado-Nação e Formas de Intermediação Política*, da qual destaca-se a separação da sociedade civil (forma de intermediação política) do Estado.

No eixo jurídico, utilizamos os embasamentos dos eixos anteriores, e apresentamos também construções inovadoras em formatos de tabelas e diagramas, que sintetizam e/ou integram ideias doutrinárias (vide Tabela 1, Esquema 1 e Diagrama 2).

Já no eixo jurídico, o trabalho explora conceitos, institutos e relacionamentos jurídicos com certa grau de hibridização, da qual a seção "Notas sobre a Hibridização do Direito" (item 3) faz a explicação e exemplificação desse fenômeno e seus apontamentos para um possível e necessário direito do terceiro setor, assunto abordado no item 4, que antecede a seção das considerações finais, na qual refletimos sobre a necessidade de modernização e atualização do direito, especificamente o direito administrativo.

Por fim, objetiva-se com este trabalho propor algumas contribuições originais para o estudo do terceiro setor no direito, assim como defendemos um campo próprio, seja ele um sub-ramo do direito administrativo ou ramo autônomo (não é o escopo do trabalho abordar essa diferenciação). Reconhecer o terceiro setor e suas demandas de atualização jurídica é analisar e reconhecer a metamorfose do próprio Estado em um cenário de expansão contínua de direitos, e, por consequência, expansão das fronteiras do próprio direito administrativo.

2. EIXOS DE DEFINIÇÃO DO TERCEIRO SETOR

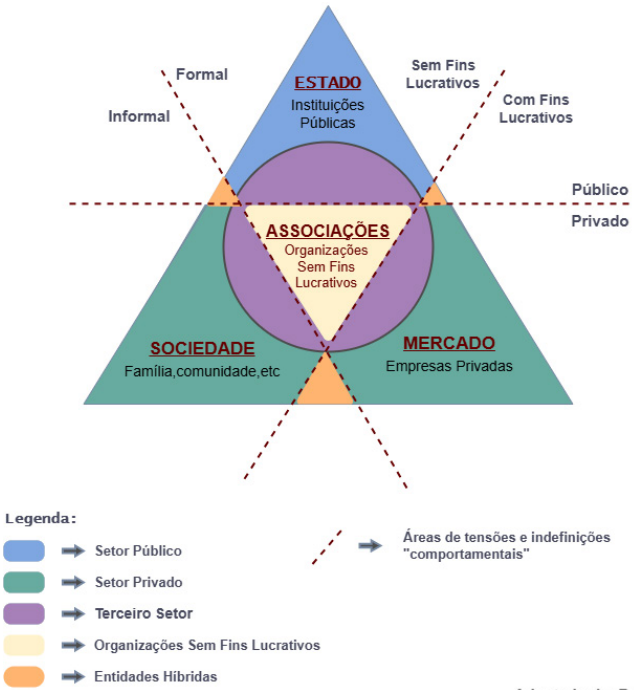
2.1 EIXO ECONÔMICO

O termo "terceiro setor" tem origem nas ideias da economia clássica, que divide a sociedade em setores com base nas finalidades econômicas dos agentes sociais, classificados conforme sua natureza jurídica pública ou privada. Em sua obra *Manual de Direito Administrativo*, Matheus de Carvalho inicia a explanação sobre o terceiro setor com a distinção dos *setores da economia*, sendo eles: *primeiro setor*, formado pelo Estado, composto pelos entes da Administração Pública Direta e Indireta, com o objetivo de garantir o bem-estar da sociedade, sem fins lucrativos; *segundo setor*, que representa o mercado, espaço de atuação da iniciativa privada, onde prevalece a livre iniciativa, permitindo que os atores econômicos obtenham vantagens pecuniárias; *terceiro setor,* onde estão presentes entidades que atuam sem fins lucrativos, executando atividades de interesse social, também chamadas de entidades paraestatais na doutrina, devido à sua atuação em conjunto com a Administração Pública; e o recente *quarto setor*, que representa a economia informal (Carvalho, 2024, p. 967–968)[3].

3 Importante salientar que outros autores elegem o quarto setor como entidades públicas com fins privados (fins lucrativos), como as empresas públicas e sociedades de economia mista (Carvalho Filho, 2024, p. 268) ou como organizações empresariais com fins públicos/sociais que visam lucro — os "negócios sociais"/"filantropia corporativa" (Pestoff, 2013, p. 52).

No artigo *Towards a European Conceptualization of the Third Sector*, de 2014, de Jacques Defourny e Victor Pestoff apresentam insights relevantes de uma pesquisa realizada em 13 países europeus na década de 2000, por meio da rede "EMES". Eles propõem ferramentas para conceituar um terceiro setor com fronteiras flexíveis, dinâmicas e suscetíveis a diversos arranjos institucionais, além de inter-relações econômicas. Destaca-se o diagrama *Triângulo do Estado de Bem-Estar Social*, criado por Pestoff, do qual realizamos uma tradução e adaptação. Essa versão adaptada demonstra, de forma mais didática, a aplicação dessa importante representação e organização conceitual das relações entre os setores, considerando a nomenclatura e o contexto jurídico e institucional brasileiro.

Diagrama 1: Triângulo do Estado de Bem-estar Social



Fonte: autoria própria, adaptado de Pestoff (2005).

2.2 EIXO CIENTÍFICO SOCIAL

Em *Estado, Estado-Nação e Formas de Intermediação Política*, o economista e cientista político Luiz Carlos Bresser-Pereira analisa a "mecânica" de organização da sociedade, suas dinâmicas de poder, principalmente seu processo histórico de diferenciação na construção do Estado moderno — e do Estado Democrático de Direito. Bresser-Pereira apresenta uma visão poderosa do Estado como principal ferramenta de engajamento e mudança social. Para o autor, o Estado não é inerentemente bom ou ruim, sua eficácia depende da governança, não apenas do governo, mas de diferentes coalizões inseridas em uma ecologia política, social e ideológica diversa. Essas coalizões compartilham o mesmo "jogo", mas têm visões distintas sobre como a sociedade deve funcionar e o que significa "vencer" nesse jogo.

O autor inicia desfazendo um mito comum: a ideia de que Estado e Estado-nação são termos sinônimos. Bresser-Pereira defende que o Estado é a "ordem jurídica e a organização soberana que detém o monopólio da violência legítima" (Bresser-Pereira, 2017, p. 162), sendo um dos elementos constitutivos do estado-nação. Nas palavras de Bresser-Pereira, o estado-nação, ou país, é "um tipo de sociedade político-territorial soberana, formada por uma nação, um Estado e um território" (Bresser-Pereira, 2017, p. 158). O autor também explora as raízes históricas dessa distinção, citando *De Cive* (1642), de Thomas Hobbes. Hobbes diferenciava o que hoje chamamos de Estado (referido por

ele como "governo civil") do estado-nação (denominado "*commonwealth*" ou "cidade").

Outra distinção fundamental feita por Bresser-Pereira é a separação entre a noção de Estado e a sociedade, traçando a história e a evolução do Estado antigo ao Estado moderno. Segundo o autor, o Estado moderno é produto do estado-nação e com este não se confunde. Nas palavras de Bresser-Pereira:

> O resultado da formação dos estados-nação e da Revolução Industrial. No Estado antigo não se podia falar em uma sociedade civil separada do Estado, porque todo o poder político estava concentrado em uma oligarquia representada pela figura do monarca. (...) Será apenas com Hegel que essa separação, que já estava acontecendo na prática, foi reconhecida. Marx acompanhou Hegel, mas deu à relação entre a sociedade civil e o Estado moderno um caráter eminentemente contraditório. (...) Para Skinner (1989, p. 116), o Estado só se torna moderno quando também os governados dele se distinguem, e o Estado se torna uma "entidade abstrata", "a autoridade suprema em questões de governo civil", um Estado que, "finalmente passou a ser descrito como tal [como independente dessa soberania], e visto ao mesmo tempo como distinto tanto dos poderes do povo quanto de seus magistrados. Esse conceito, como assinala Skinner, surgiu dos grandes teóricos do absolutismo, de Jean Bodin em *Six livres de la République* (1576), de Francisco Suarez em De *Legibus* (1612) e, principalmente, de Thomas Hobbes em *De Cive* (1642) e *Leviathan* (1651) (2017, p. 160).

Hoje, pode parecer evidente que o Estado e a sociedade não são iguais, mas a história mostra que a sociedade civil não tinha representação ou relevância suficiente para ser distinguida do Estado. Na verdade, a sociedade estava sob a "guarda" e a "decisão" do Estado, que não permitia o reconhecimento ou a atuação de outros grupos ou vozes no cenário social. Além da separação, ocorreu o subjugo do Estado pela soberania popular, exercida pela sociedade civil. Como afirma o Bresser-Pereira, "o poder do Estado está sempre baseado na sociedade que ele regula — uma sociedade que, inicialmente, se subordina inteiramente à oligarquia dominante, mas que, aos poucos, se liberta dela" (Bresser-Pereira, 2017, p. 162). O Estado deixa de ser o agente preponderante e principal, tornando-se um instrumento de ação coletiva da sociedade[4]). No entanto, ele não é neutro, pois resulta de uma dinâmica complexa de disputas, debates e negociações em uma sociedade de classes.

2.3 EIXO JURÍDICO

Segundo Paes, "não existe, ainda, no âmbito do sistema normativo brasileiro, uma definição jurídica do que será esse Terceiro Setor, ou uma qualificação de entidades jurídicas já existentes para tarefas concernentes àquele" (Paes, 2021, p. 96). No entanto, ao analisar a construção doutrinária de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Igor Moura Maciel e, especialmente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, obtém-se uma base conceitual interessante. Essa base molda o fenômeno sem isolá-lo, aliená-lo ou simplificá-lo de forma a descaracterizar sua diversidade, hibridismo, complexidade e sua riqueza.

Para cada setor da economia, definido, como vimos anteriormente, pelos sujeitos protagonistas em determinado meio, atividade ou setor, há uma "força de atração" da incidência do direito administrativo e do direito publicístico. Essa incidência varia em intensidade e aplicabilidade, dependendo do setor.

O Estado possui múltiplas facetas, com atividades e funções que impedem que ele seja tratado como um corpo ou objeto único. Em vez disso, ele pode ser entendido como vários corpos, cada um com características e funções específicas. Esses corpos orbitam em torno do interesse público e do contrato social construído no âmbito do Estado Democrático, sendo interligados pelo direito. A seguir, apresentamos a classificação e definição das atividades do Estado conforme o administrativista Rafael Carvalho Rezende Oliveira (Oliveira, 2024, p. 64):

4 "[...] é a instituição através do qual a sociedade moderna busca seus objetivos políticos" (Bresser-Pereira, 2017, p. 164).

Tabela 1: Atividades do Estado na Reforma Administrativa dos Anos 90.

CATEGORIA	DESCRIÇÃO	EXEMPLOS
Núcleo Estratégico	Responsável pela elaboração das leis, definição de políticas públicas e garantia do seu cumprimento, envolvendo as atividades da alta cúpula do Executivo.	Atividade legislativa, jurisdicional e político-administrativa
Atividades Exclusivas	Atividades essenciais onde a presença do Estado é indispensável, seja por imposição constitucional ou necessidade do exercício do poder de autoridade.	Atividade policial, regulação, serviços públicos
Serviços Não Exclusivos	Serviços que beneficiam a coletividade e não exigem o poder de autoridade, podendo ser prestados pelo setor privado ou pelo setor "público não estatal".	Saúde, educação
Setor de Produção de Bens e Serviços para o Mercado	Atividades econômicas com objetivo lucrativo realizadas por empresas estatais.	Empresas estatais

Fonte: autoria própria (2024).

Maciel, com base na doutrina de Oliveira, estabelece um paralelo importante entre os quatro setores da economia e os quatro setores de atividade do Estado, ou mais especificamente, os quatro graus de incidência do direito administrativo, conforme os bens jurídicos a serem protegidos em cada setor econômico. Nas palavras de Maciel, a divisão setorizada da economia, incorporada pela doutrina administrativista, é classificada de acordo com "a ótica dos sujeitos que a protagonizam" e que "sofrem a incidência, em diferentes graus, das normas de direito administrativo" (Maciel, 2023, p. 16). A seguir, esquematizamos a ideia proposta por Maciel.

Esquema 1: Graus de Incidência do Direito Administrativo nos Setores da Economia.

1º SETOR (Poder estatal introverso)

↓

Núcleo Estratégico

(ex.: atividade legislativa)

2º SETOR (Poder estatal extroverso)

↓

Atividades Exclusivas

(ex.: poder de polícia)

3º SETOR (Dever prestacional/de fomento estatal)

↓

Serviços Não Exclusivos

(ex.: saúde)

4º SETOR (Necessidade não abarcada pelo Mercado)

↓

Produção de Bens e Serviços

(ex.: empresas estatais)

Fonte: autoria própria (2024)

Com o objetivo de desenvolver instrumentos de análise e interpretação que integrem os conceitos e classificações atuais da doutrina administrativista, apresentamos duas propostas conceituais e classificatórias. A primeira proposta é de Moreira Neto, que analisa as funções do Estado, com ênfase na atividade de fomento, relacionando-a com os graus de incidência do direito administrativo nos setores econômicos e sociais (Moreira Neto, 2014, p. 577).

A segunda proposta refere-se aos princípios da celeridade e do detalhismo, propostos por Martin Bullinger e discutidos em um artigo de Paulo Modesto intitulado *O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas sem Fins Lucrativos*. Neste trabalho, Modesto explora as particularidades do direito do terceiro setor e estabelece distinções teóricas importantes entre "serviço público", "serviço de relevância pública" e "serviços de exploração econômica" (Modesto, 2012, p. 257), como detalharemos a seguir.

Moreira Neto afirma que a plena realização dos direitos fundamentais constitui o dever central do Estado contemporâneo, transcendendo o âmbito exclusivo da Administração Pública. Ele argumenta que a funcionalização dos direitos fundamentais, característica do constitucionalismo pós-moderno, não se limita às atividades do Estado enquanto garantidor desses direitos, mas também inclui sua atuação como provedor de condições que favoreçam o pleno usufruto desses direitos por todos. Nesse sentido, as funções do Estado abrangem o poder de polícia, a prestação de serviços públicos, o ordenamento econômico e social e, mais recentemente, a função de fomento.

De acordo com Moreira Neto, o fomento pode ser classificado em quatro tipos: i) planejamento estatal – incluindo atividades de desenvolvimento regional e ações supletivas do Estado; ii) fomento social; iii) fomento econômico; iv) fomento institucional – sendo este último o foco deste trabalho.

A atividade de fomento representa uma mudança paradigmática no papel do Estado e, por consequência, na Administração Pública e no Direito. Essa mudança reflete a ampliação da esfera pública e a crescente demanda por canais de participação popular e democrática nas atividades e decisões estatais. Essa transformação origina-se ou se desenvolve a partir da "Administração Pública consensual", marcada por uma atuação estatal menos impositiva, que convida e estimula a participação social, valendo-se de mecanismos disponibilizados pelo próprio Estado. Essa concepção alinha-se à ideia de Bresser-Pereira — apresentada no item 2.2 — de que o Estado é um instrumento da ação social coletiva, servindo como meio para a concretização de objetivos sociais compartilhados.

Nesse contexto, o terceiro setor e o regime de parcerias (Carvalho Filho, 2024, p. 276) em consolidação no Direito Administrativo refletem a ampliação e transformação dos direitos fundamentais, incluindo os direitos difusos, que desafiam a tradicional divisão entre direito público e privado (a *Summa Divisio*). Portanto, pode-se dizer que o terceiro setor é fortalecido com a expansão dos direitos de terceira geração, baseados na solidariedade e fraternidade, com características de direitos indivisíveis, indeterminados ou indetermináveis. Conforme o autor, *in verbis*:

> Sob outro ângulo de exame, o mundo dos interesses, que implicitamente é o do direito, tornou-se muito mais complexo e diversificado com a introdução dos conceitos sociológicos referidos a suas diferentes categorias metaindividuais. Com

> efeito, enquanto as relações jurídicas se ajustavam à summa divisio, entre interesses públicos e interesses privados, vigente por longo tempo, era relativamente simples e fácil a categorização desses institutos: de um lado, os entes do Estado (*quod ad statum rei Romanae spectat*) e, de outro, os entes da sociedade (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), ou seja, a dicotomia romanista entre o público e o privado. (Moreira Neto, 2014, p. 606).

Moreira Neto aborda a diversificação e a diferenciação exigidas do Estado e da Administração Pública diante dos novos direitos, especialmente os direitos difusos, considerando sua natureza e a operacionalização necessária para sua efetivação. Isso inclui a necessidade de diagnósticos sobre os equívocos e entendimentos inadequados por parte dos operadores do direito, aos quais a ordem jurídica confia a tarefa de cooperar para a permanente construção e aperfeiçoamento do sistema, buscando definições claras e unívocas (Moreira Neto, 2014, p. 606).

Entre os equívocos, também estão presentes preconceitos teóricos em relação à emergência do setor público não estatal e ao seu reconhecimento no direito, bem como às suas articulações com a Administração Pública. Um dos críticos não apenas das terminologias do Terceiro Setor, mas também de sua própria criação e existência, é o renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello. Ele enxerga essas entidades como frutos da ideologia neoliberal, que busca privatizar serviços públicos. Em sua obra "*Curso de Direito Administrativo*", Mello descreve:

> *Terceiro Setor* é outra inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados. [...] O que alimentou estas criações, filhas queridas do neoliberalismo, foi a assertiva corrente de que o Estado é mau prestador de serviços. Ocorre que o Estado é, sem dúvida alguma, *pior fiscalizador que prestador de atividade* (Mello, 2013, p. 22).

O direito e principalmente a ciência do direito devem se preocupar com distorções no sistema, e com os conceitos que devem operacionalizar a concretização e efetivação de direitos fundamentais, e isso deve vir de uma objetividade e clareza na consideração das premissas em que a discussão se coloca. No caso, Mello expressamente considera a Sociedade como "entificada juridicamente no Estado", e que os interesses públicos correspondem ao "plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade", apesar de fazer a ressalva de que interesse público e interesse do Estado não necessariamente coincidem[5], motivo pelo qual o autor distingue "interesse público" de "interesse individual do Estado" (Mello, 2013, p. 670).

Essa posição é bastante diferente do paradigma com o qual o terceiro setor surge, com a independência e autonomia da sociedade civil diante do Estado. Nesta direção, Moreira Neto pontua três tendências que conformam a consolidação de entes intermediários na esfera social: (i) *desmonopolização do poder*, que consiste na destituição do Estado de proprietário do adjetivo "público", em um contexto de expansão de direitos, no qual somados à resistência pelo aumento de tributos e "aparelhos políticos de Estado **herdado** do século findo, com seus remanescentes novecentistas" (Moreira Neto, 2014, p. 605), revelam um descompasso e desafio profundos na concretização de direitos; (ii) a *despolitização de interesses públicos*, com a contenção de interesses político-partidários em decisões que podem ser tomadas por órgãos técnicos e comunitários, com "seu núcleo consiste em reconhecer a prioridade da atuação dos *corpos sociais* sobre os *corpos políticos* no atendimento de interesses gerais" (Moreira Neto, 2014, p. 606), com o intuito também de distribuir a alta demanda sobre órgãos administrativos para iniciativas sociais próprias e autônomas ao Estado; e (iii) a *pluralização de interesses*, que reconhece as limitações de estruturas construídas em torno da separação

5 Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público (Mello, 2013, p. 66).

entre direito público e privado. Nas palavras de Moreira Neto, *in verbis*:

> Em razão dessa expansão conceitual e da perda da clássica nitidez biunívoca, tanto podem existir interesses privados submetidos à tutela e representação públicas como interesses públicos eventualmente submetidos à tutela e representação privadas. As interpenetrações conceptuais são de todo tipo, produzindo, no amplíssimo campo dos direitos difusos — caracterizados pela comunhão de interesses de fato — a proliferação de inumeráveis entidades de toda natureza, compreendidas no novo conceito de *continuum* Sociedade-Estado. Tais entidades já não se afiguram nem totalmente estatais nem totalmente privadas, coparticipando, simultaneamente, da natureza pública e da privada, daí sua submissão a diversas modalidades de regimes híbridos já existentes e em surgimento. E aqui se reapresentam as entidades intermédias, antigas figuras com roupagens novas; embora perdendo algumas de suas características históricas, herdadas da antiga teoria dos corpos intermédios, tal como a via Montesquieu. Hoje elas encontram sua justificativa na concepção pluralista da sociedade. Assim já haviam sido identificadas por Alexis de Tocqueville, em sua celebrada obra sobre a democracia nos Estados Unidos da América, como instituições fundamentais à sustentação do regime liberal e democrático (Moreira Neto, 2014, p. 607).

Outro doutrinador administrativista, Celso Spitzcovsky afirma que "o contexto no qual foram idealizadas as organizações sociais [entidade do terceiro setor] revela-se permeado de inconstitucionalidades" (Spitzcovsky, 2024, p. 281). Exemplificativo também é o trabalho de Fernando Menegat, intitulado *Administração Pública e suas Parcerias com o Terceiro Setor: a lógica gerencial pós-reforma*, da qual destacamos o seguinte trecho, *in verbis*:

> O tema em questão é de nítida importância: com as descentralizações e privatizações, a Administração Pública pode estar dando um passo em direção à sua desresponsabilização e, em alguns casos, até mesmo em direção à burla do regime jurídico administrativo a que deve se submeter. Estas consequências, principalmente no que tange à temática da prestação de serviços públicos, são inaceitáveis: por mais que hoje se tenha, cada vez mais, um "Estado regulador", isso nunca poderá implicar um Estado ausente. Em se compreendendo a lógica destas parcerias, será possível dar um passo adiante, aprimorando o sistema administrativo a fim de evitar as famosas fraudes e as tão prejudiciais tentativas de burla ao regime jurídico administrativo (que, dentre outras coisas, explicita-se pela desnecessidade de licitação por parte das entidades do terceiro setor que firmam parcerias com a Administração) (Menegat, 2010, p. 11).

Organizações do terceiro setor frequentemente enfrentam acusações e desconfiança, muitas vezes mais intensas do que as dirigidas a empresas em licitações, que visam lucro. Esse cenário levou ao surgimento do termo *criminalização burocrática*, cunhado pela Plataforma MROSC (Storto, 2023, p. 15), uma rede de movimentos sociais e organizações da sociedade civil. O conceito refere-se a práticas como descrédito, perseguição, punições desproporcionais, aplicação inadequada de normas, presunção de culpabilidade, tratamento desigual e, principalmente, a adoção de um *princípio da desconfiança* contra entidades que atuam em prol de interesses públicos.

Mello, Menegat, Spitzcovsky e outros críticos do terceiro setor argumentam que ele representa uma ausência ou redução do Estado. No entanto, essa crítica parte de uma visão que trata Estado e sociedade como entidades com interesses recíprocos, divergindo da base teórica e prática do terceiro setor, que posiciona a sociedade civil como um agente independente na esfera pública.

Estamos em um impasse não de visões diferentes sobre uma mesma realidade ou conceito (ontologia), mas sim de uma diferença epistemológica dos autores. Citando Åkerstøm, Olaf Corry explica que estudar algo epistemologicamente "significa questionar as lentes [visões], o vocabulário e as práticas que sustentam sua coerência" (Corry, 2012, p. 11–12). No caso do terceiro setor, isso implica analisar questões como "como ele é gerado?', as perspectivas de diferentes autores e atores, e os diversos frameworks (lentes, teorias ou campos) utilizados para compreendê-lo.

Modesto aponta essa diferença de análise como resultado da definição prevalente do direito administrativo circunscrito ao exercício da função administrativa ou ao exercício da autoridade estatal, pois hoje, em um ambiente de expansão e criação de novos direitos, o direito admi-

nistrativo "passa por uma *vis expansiva*" (Modesto, 2012, p. 243) e "é o crescimento do Estado, não a sua diminuição, a causa imediata dos graves problemas de legitimação que atormentam o Estado contemporâneo" (Modesto, 2012, p. 239). O Estado passou por uma metamorfose que um direito administrativo tradicional, "centrado em técnicas de centrado em técnicas de exercício da autoridade e de sujeição da autoridade" (Modesto, 2012, p. 240) não consegue entender ou lidar de forma adequada e efetiva. Modesto endereça a questão da crítica neoliberal, expressando a visão de que um Estado menor também não é a resolução dos problemas na prestação de direitos e serviços, pois o Estado, hoje, "é a única organização, operando em larga escala, capaz de conter os interesses privados em limites socialmente razoáveis e apta a intervir intensivamente sobre a coletividade associando eficiência e equidade" (Modesto, 2012, p. 239).

Modesto esclarece que a forma de organização das instituições não define necessariamente seu funcionamento. Ele aponta a expansão do Estado diante de "brutais interesses em conflito e escandalosa concentração de renda" (Modesto, 2012, p. 238), destacando a metamorfose e diversificação de suas atividades, que não estão vinculadas à sua estrutura. Para o autor, apesar de uma "dieta orgânica", o Estado contemporâneo não parou de crescer como instituição social (Modesto, 2012, p. 238). O Estado-aparato (estruturas burocráticas) é hoje menos significativo do que o Estado em sua dimensão normativa e econômica. Atualmente, o Estado é "a organização nacional central na transferência de recursos entre os diversos grupos sociais" (Modesto, 2012, p. 239).

A redefinição das fronteiras de um direito administrativo em expansão inclui entidades privadas que, embora não exerçam prerrogativas públicas nem integrem o aparato estatal, estão sujeitas a deveres públicos ao administrarem recursos de fomento vinculados a atividades socialmente relevantes. No entanto, o direito público não pode regular essas relações da mesma forma que regula o Estado e seus delegados no exercício de funções públicas. Não se deve aplicar o regime público de forma abrangente, publicizando excessivamente as relações dessas entidades ou transformando-as em repartições públicas. É essencial distinguir entre relações de delegação e as emergentes relações de parceria, reconhecendo suas diferenças fundamentais.

Modesto faz coro à necessidade de sistematização e construção de conceitos apropriados para o terceiro setor, de forma a reconhecer e propor a diferenciação de conceitos quanto ao "serviço público", "serviço de relevância pública" e "serviço de exploração econômica". O próprio autor sintetiza a diferença de sua explanação em uma tabela, a qual reproduzimos abaixo.

Tabela 2: Principais Formas de Atividade de Prestação de Serviços ao Público.

SERVIÇO PÚBLICO	SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA	SERVIÇOS DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA
Atividades de titularidade pública (art. 175 CF)	Atividades sem reserva de titularidade pública ou privada, vale dizer, de titularidade compartilhada	Atividade de titularidade privada (art. 170 CF), mas passível de atuação pelo Poder Público em situações especiais, previstas na lei ou na CF (art. 173 e 177)
Pessoas privadas atuam por delegação	Pessoas privadas e Estado atuam de forma ordinária, sem delegação ou exceção	Estado atua por exceção: ressalvados os casos previstos na Constituição, apenas atuará quando necessário para atender a imperativos da segurança nacional ou a relevantes interesses coletivos, definidos em lei

Atividade submetida à reserva de direito público, independentemente do prestador	Atividade submetida a regime variável, parcialmente dependente do regime jurídico predominante do prestador, mas sempre vinculada a obrigações de regularidade, modicidade, acessibilidade e impessoalidade	Atividade submetida à reserva de direito privado, independentemente do regime específico do prestador, salvo derrogações constitucionais e legais
Atividade expressamente identificada na Constituição ou em normas legais (legalidade estrita)	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais
Atividade refratária à livre iniciativa privada	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, mas sujeita a intenso condicionamento público	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, salvo ressalvas constitucionais (monopólios públicos)
Normas constitucionais básicas: art. 175; 145, II; 37, § 6º; 223; 21, X e segs.	Normas constitucionais básicas: art. 197; 129, II; 209; 213; 217, II; 225	Normas constitucionais básicas: art. 170; 172; 173; 174; 177; 178; 217, II

Fonte: Modesto, 2012, p. 257-258.

A análise chave com o qual Modesto embasa toda proposta do artigo discutido acima provém dos conceitos e relações de "ritmo da sociedade", "ritmo da Administração Pública", "defasagem estrutural", "princípio do detalhismo" e "princípio da celeridade", elaborados por Martin Bullinger (*apud* Modesto, 2012, p. 237).

A Administração Pública e a sociedade operam em ritmos distintos. A Administração Pública segue princípios constitucionais que exigem ações conforme o previsto normativamente, adotando o *princípio do detalhismo*. Em contraste, a administração privada prioriza o *princípio da celeridade*. O detalhismo demanda mais tempo, envolvendo procedimentos rigorosos, análises profundas dos interesses em jogo e a aplicação de normas, o que gera um descompasso entre as necessidades da sociedade e o tempo de decisão e ação da Administração Pública. Essa *defasagem estrutural* não está ligada a uma gestão ou governo específico, mas à própria estrutura da Administração, que deve garantir o cumprimento dos procedimentos constitucionais e infraconstitucionais.

O princípio do detalhismo tem sua vantagem, que está no provimento de "freios ao abuso do poder político e efetivo controle da autoridade pelo cidadão" (Modesto, 2012, p. 238), pois o controle do tempo na Administração Pública pode ser utilizado como um instrumento de poder[6]; e desvantagem, que pode ser dramática, como "na gestão da economia e em serviços de urgência, a exemplo dos serviços de gestão na área médica e sanitária" (Modesto, 2012, p. 238).

Portanto, independente de ideologia, ou posição política sobre como a organização e estrutura do Estado deve ser composta, há a necessidade de reconhecer a realidade do impasse que a Administração Pública se encontra a lidar com tarefas que historicamente ela não tinha até recentemente com a expansão dos direitos sociais e difusos (educação, saúde, meio ambiente, cultura, tecnologia e inovação).

Como homogeneizar a decisão pública da instalação de uma hidrelétrica, com seus impac-

6 Seja por uma questão estrutural seja por uma questão política, a demora, a lentidão, a falta de diligência na atuação da Administração Pública possui consequências sociais e econômicas graves, pois pode afastar investimentos, empregos, tornar ineficaz políticas públicas, reduzir a arrecadação, inviabilizar empresas e a instalação de obras e serviços, para não falar da desatenção, em tempo socialmente útil, de grupos sociais desassistidos, pobres e doentes (Modesto, 2012, p. 238).

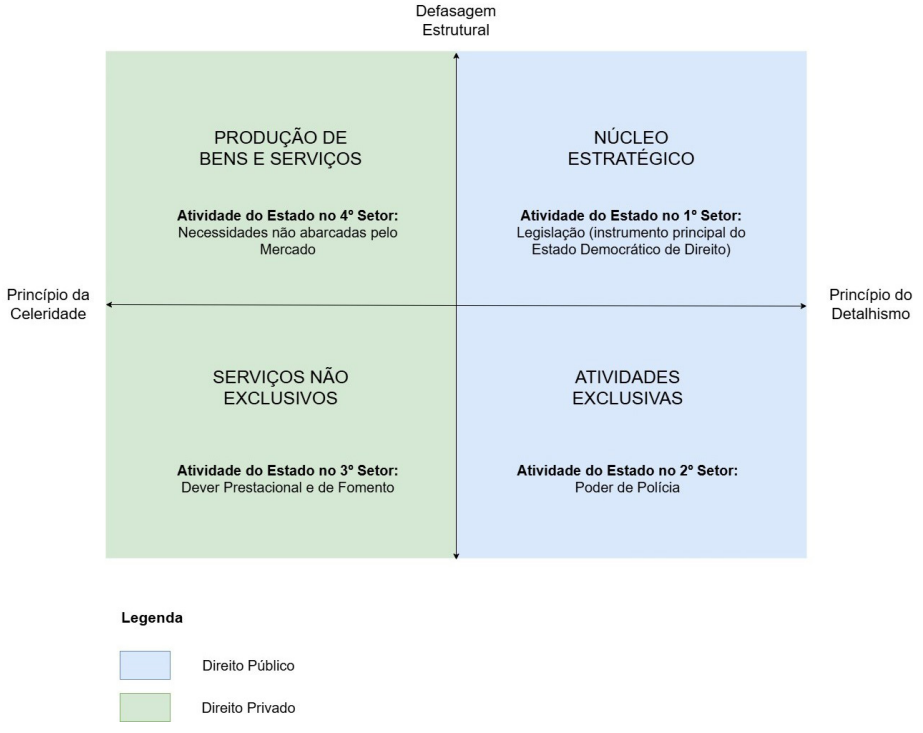
tos ambientais ou a regulação da inteligência artificial, com o atendimento de urgência e emergência na área da saúde? Como dar a resposta em tempo socialmente útil a questões fundamentalmente distintas? Há decisões eminentemente e inegavelmente políticas representativas, mas há decisões que o Estado e seu corpo político devem se abster, e devolver à sociedade civil, à comunidade e corpos científicos e técnicos independentes.

Nesse cenário, surgem os entes intermediários. No Brasil, a atividade assistencial, *e.g.*, era antes exercida por entidades privadas filantrópicas, como as santas casas de misericórdia (criadas no século XV), foi posteriormente incorporada pelo Estado, assim como outros serviços considerados hoje como essenciais (Souza, 2007). Trabalhos clássicos da filosofia e da ciência política já mencionavam esses entes. Não por acaso, Moreira Neto os descreve como "figuras antigas, com roupagens novas" (Moreira Neto, 2014, p. 607).

Mais do que uma dualidade entre os princípios da celeridade e do detalhismo, as ações, organizações e arranjos institucionais envolvem inúmeras interconexões e sobreposições entre direito público e privado. Essas relações podem se aproximar das normas cogentes do direito público ou da flexibilidade operacional do direito privado, criando um ambiente complexo e um espectro de possibilidades para estruturar serviços de relevância pública que não são exclusivos do Estado.

Propomos, assim, um esquema que integra os conceitos de Modesto às definições de Moreira Neto, Maciel e Oliveira, mencionados anteriormente. Essa integração de doutrinas, que individualmente são peças importantes de um quebra-cabeça complexo, oferece caminhos concretos para solucionar os desafios do ordenamento jurídico do terceiro setor, uma área ainda em construção.

Diagrama 2: Integração das doutrinas jurídicas de Modesto, Moreira Neto, Maciel e Oliveira



Fonte: autoria própria (2024).

3. NOTAS SOBRE A HIBRIDIZAÇÃO DO DIREITO

No mundo jurídico, o terceiro setor tem seu início no direito civil, e não no direito público, considerando que os modelos de associação (art. 53, do Código Civil) e fundação (art. 62, do Código Civil)

são "as únicas formas jurídicas de que poderão revestir-se as atividades realizadas por pessoas destinadas a organizarem-se coletivamente para consecução de fins não econômicos ou não lucrativos e de interesse social" (Paes, 2021, p. 4). Destas duas figuras fundamentais, especialmente da forma de associação, derivam entidades extremamente diversas como as cooperativas, organizações religiosas, serviços sociais autônomos, consórcios, associações públicas da qual constituem exemplos concretos organizações como Greenpeace, Projeto Guri, Central Única das Favelas, o sistema S (SESI, SENAI, SENAC, SESC), APAEs, as santas casas de misericórdia, entre milhares organizações e movimentos de proteção animal, de proteção ambiental, de entidades gestoras de grupos artísticos, como orquestras sinfônicas, organizações de defesa de direitos, etc.

Embora não expressos pelo código civil, até mesmo pela liberdade destinada às entidades sem fins de lucro e com fins sociais, com suas formas estimuladas expressamente no texto constitucional (art. 174, § 2º, da Constituição Federal, *in verbis*: "A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo"), há as espécies criadas por legislação especial, ou que possuem lastro jurídico de sua institucionalização no Código Civil, revestindo-se juridicamente ou como associação ou como fundação, porém com estrutura e práxis particulares. Nesse sentido, Paes descreve as seguintes espécies de pessoas jurídicas privadas que podem ser abrangidas pelo termo *terceiro setor*: organizações religiosas; corporações; confederações e federações; associações públicas; consórcios; consórcios públicos; sindicatos; sociedades cooperativas e cooperativas sociais (Paes, 2021, p. 17-68).

Importante notar as hibridizações dentro do próprio direito privado referente, por exemplo, às sociedades cooperativas, que são associações, definidas como "união de pessoas que se organizem para fins não econômicos" (leia-se não lucrativo)[7], porém com autorização legal para obter o "excedente cooperativo", que pode ser distribuído aos associados. Por este motivo, Maria Helena Diniz caracteriza a sociedade cooperativa como "associação sob forma de sociedade" (Paes, 2021, p. 47). A autora considera que a sociedade cooperativa é uma espécie de sociedade simples, inclusive com sujeição à inscrição na junta comercial - matéria do Enunciado nº 69 da I Jornada de Direito Civil, CJF (Paes, 2021, p. 47).

Outro exemplo pertinente à *hibridização*, desta vez entre direito privado e direito público, com a incorporação pelo direito administrativo, das associações e consórcios públicos (conforme a Lei nº 11.107/2005), demonstram a importância e disseminação de entidades privadas sem fins lucrativos em diversas áreas sociais e econômicas, inclusive como instrumento de operacionalização de cooperação entre entes federativos, portanto, incluídos na próprio estrutura do Estado.

Aliás, é no direito administrativo que essa heterogeneidade, metamorfose e hibridização de normas e formas acontece de forma mais incisiva, pois como discorre Modesto, é na organização do Estado que primeiro se encontram os impasses entre necessidades emergentes e instituições tradicionais criadas para resolver problemas anteriores. Conforme o autor:

> É frequente que esse descompasso entre o regime jurídico aplicável e as necessidades do modo de atuação do Estado, em algumas áreas, revele-se primeiro no campo da *organização administrativa*. Basta recordar que foi o crescimento do papel econômico do Estado que obrigou a criação de empresas estatais e a própria reforma do direito administrativo no final do século XIX e no primeiro quartel do século XX. É que a organização, no dizer de NIGRO, é o "primeiro momento da atividade", sendo natural que reflita as tensões e as necessidades da própria atividade administrativa. Por isso, no momento atual, a organização administrativa em todo mundo reinventa-se, transforma-se, renova-se (2012, p. 241).

7 Paes aponta a impropriedade do termo "não econômico" para falar sobre as entidades sem distribuição de lucro, já que essas organizações podem sim ter atividade econômica, sendo esta não utilizada para obter lucro, mas para operacionalizar e possibilitar a oferta social, interesse social cujo seja objetivo constitutivo da organização. Conforme o autor: "A redação atual, ao referir-se a 'fins não econômicos' é imprópria, pois toda e qualquer associação pode exercer ou participar de atividades econômicas. O que deve ser vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa (2021, p. 13).

Um caso bastante representativo do desafio de integração e coesão de normas aparentemente conflitantes está no capítulo do que Modesto chama de o "mais inconsistente do direito administrativo nacional" (Modesto, 2012, p. 245), que é a organização da Administração Pública. Na classificação doutrinária de Irene Patrícia Nohara, as autarquias profissionais são incluídas entre as entidades do terceiro setor (Nohara, 2–24, p. 132). Essas autarquias exercem atividades estatais típicas, como o estabelecimento de condições para o exercício de determinadas profissões (art. 22, XVI, da Constituição Federal) e a inspeção do trabalho (art. 21, XXIV, da Constituição Federal). Entidades como a Ordem dos Músicos do Brasil, os Conselhos de Medicina e os Conselhos de Psicologia são exemplos de autarquias profissionais, sujeitas ao regime de direito público. Isso se deve, em grande parte, à parafiscalidade dessas organizações, que as submetem à fiscalização do Tribunal de Contas, com base no art. 70 da Constituição Federal. A única exceção é a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que, embora possua capacidade tributária ativa, está sujeita ao regime de direito privado por ser considerada uma autarquia profissional *suis generis*, conforme decisão de 2006 do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF. Por essa razão, não está submetida à fiscalização do Tribunal de Contas da União, conforme estabelecido no Recurso Extraordinário nº 1.182.189.

Portanto, o assunto e objeto heterogêneo do terceiro setor pede respostas também diversas e, em certa medida, heterodoxas, apresentando certa ruptura da leitura epistemológica apresentada pelo direito administrativo tradicional. Especificamente quanto à definição do terceiro setor, que é preponderantemente subjetiva/orgânica, com foco nos sujeitos (Modesto, 2012, p. 248), há a necessidade de desenvolvimentos e estudos teóricos sobre o objeto do Terceiro Setor, rompendo com a análise da formatação jurídica das entidades como linha principal de análise.

4. POR UM DIREITO DO TERCEIRO SETOR

Embora as raízes e organizações da sociedade civil sejam um "fenômeno tão antigo quanto a própria sociedade" (Defourny & Develtere, 1999), seu reconhecimento político e jurídico é recente, e faz parte da evolução de meios de participação democrática direta, para além do voto, proporcionados pelo avanço de meios de informação e comunicação (tecnologia)[8], assim como emerge de crises, como as de representação política entre representantes e representados e econômicas, em um cenário de expansão de direitos e do Estado, o que requer a expansão de tributação (financiamento para demandas estatais crescentes) e regulamentação, já que o Estado emerge como a "organização nacional central na transferência de recursos entre os diversos grupos sociais" (Modesto, 2012, p. 239), através de sua posição estratégica de fomentar, tributar, executar, delegar serviços, selecionar parceiros e inúmeras atividades que, "em dimensões nunca vistas, controla, reprime e estimula, produzindo e reproduzindo tanto a riqueza quanto a exclusão social" (Modesto, 2012, p. 239).

De acordo com a afirmação de Paes, "a discussão sobre a democracia e o Estado Democrático de Direito é um dos temas centrais tanto das Ciências Jurídicas quanto do Terceiro Setor" (2021, p. 83). Esse pressuposto, aliado às raízes históricas do desenvolvimento do que hoje chamamos de Terceiro Setor, deve ser incorporado às teorizações, construções conceituais e princípios interpretativos da área. Esses elementos são essenciais para fornecer uma perspectiva mais ampla e consolidada do campo, que conta com importantes diplomas normativos, como a Lei das Organizações Sociais (OS), a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e, em especial, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC).

8 O conceito de que o público é o campo próprio da ação do Estado, porém não mais seu monopólio, prevalece no mundo contemporâneo. Especificamente na área da administração pública, na qual a revolução científica e tecnológica, notadamente no campo da comunicação, vem sendo abertos novos canais de participação da sociedade, que se torna cada vez mais consciente e demandante de seus direitos (Moreira Neto, 2014, p. 604).

Corry aborda a questão do terceiro setor, destacando sua insuficiência ou "subteorização" (Corry, 2012, p. 11) em comparação com os outros setores. Enquanto o primeiro setor, representado pelo Estado, possui um vasto campo de teorização e análise, sustentado pela Administração Pública e pela política comparativa, e o segundo setor, o mercado, tem como base teórica e científica a renomada área da economia, o terceiro setor carece de um desenvolvimento teórico equivalente.

Nesse contexto, entendemos que o direito se apresenta como um campo estratégico e essencial para atender a essa demanda. A partir de uma perspectiva da teoria do direito, com sua vocação interdisciplinar, ele pode atuar como uma "teoria social unificada", conforme proposto por Posner (2011, p. XXVII), oferecendo bases sólidas para a construção de um arcabouço teórico robusto e integrado para o terceiro setor. Isso porque o terceiro setor representa a sociedade civil, e sua autonomia e participação ativa na elaboração e execução de políticas públicas — especialmente aquelas voltadas para a concretização de direitos fundamentais — estão alinhadas aos princípios fundamentais do Estado brasileiro. Conforme estabelece o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente".

Para construir as bases teóricas de um direito do terceiro setor, é necessário reconhecer o regime próprio das parcerias, distinguindo-os dos diplomas e princípios tradicionais de controle rígido e imposições por vezes excessivas e não razoáveis, contrárias mesmo a própria legislação específica sobre o tema, mas que é interpretada sob bases paradigmáticas antigas e não apropriadas para o próprio conjunto de diplomas legais incidentes. Doutrinadores conhecidos, como Marçal Justen Filho, indicam uma possível e necessária autonomia e especialização do terceiro setor no direito, com o surgimento de um "direito administrativo do terceiro setor" (Justen Filho, 2024, p. 145)[9].

Além disso, o direito administrativo de forma geral, passa contemporaneamente por diversas alterações significativas e fundamentais de sua corrente tradicional, especialmente com o surgimento e consolidação na área doutrinária, chancelada pela legislação, de um direito da cultura e da direito da inovação, áreas que, por seus objetos e bens jurídicos a serem protegidos e efetivados, desafiam a sanha punitivista, a propriedade e controle rígidos do Estado e o princípio da licitação aplicadas a áreas que a lógica de objetivos contrapostos (entre contratante e contratado) não existe. No terceiro setor, a colaboração e a complementaridade entre Estado e sociedade civil são preponderantes, exigindo uma abordagem mais flexível e adaptada às particularidades dessas relações, que visam ao interesse público e à promoção de direitos fundamentais.

Há avanços doutrinários que propõem equações conceituais aprimoradas e potencialmente mais eficientes para a atuação da Administração Pública. Um exemplo é o conceito de "Administração Pública Associada Extraestatal", desenvolvido por Moreira Neto (2014, p. 299), que amplia a compreensão sobre a participação de entidades não estatais na execução de políticas públicas, reconhecendo seu papel complementar e colaborativo. No âmbito internacional, experiências práticas como as descritas por Stephen Goldsmith e William D. Eggers na obra *Governo em Rede — O novo formato do setor público* também trazem contribuições relevantes. Os autores propõem a ideia de um *Governo em Rede*, no qual o Estado atua como gestor ou coordenador de "uma rede de parcerias público-privadas interconectadas" (Goldsmith, 2006, p. 18). Essa abordagem reconhece a complexidade das demandas contemporâneas e a necessidade de integrar diferentes atores na promoção de soluções inovadoras e eficazes para o interesse público.

Jeremy Rifkin sintetiza o que cada setor da economia representa e produz economicamente. O primeiro setor (Estado) gera "capital público"; o segundo setor (mercado) gera "capital comercial" e o terceiro setor (sociedade civil) produz "capital social". O autor ainda estima que se o terceiro setor fosse um país, este figuraria como a sétima maior economia do mundo[10]. Portanto, a

9 No mesmo sentido Modesto, 2012, p. 246.

10 As long as we continue to think of politics as a polar spectrum between market and government, we will never solve this

importância e riqueza do terceiro setor não é apenas discursiva ou abstrata, mas sim extremamente concreta e pode representar um financiamento ou retorno econômico dos direitos sociais em expansão, otimizando e legitimando a própria expansão de um Estado de bem-estar social, assim como representa a expansão de mecanismos de participação democrática direta.

Em última análise, o terceiro setor, com seu alto grau de hibridização e interdisciplinaridade, propõe não apenas uma visão que transcende a tradicional *Summa Divisio* entre direito público e privado na teorização jurídica, mas também uma superação prática das dicotomias entre o âmbito público e o privado. Isso se reflete especialmente no tratamento das organizações da sociedade civil, que são entes coletivos de natureza pública devido ao seu interesse público primário, mas que não são estatais. Como destacado por Bresser-Pereira, o Estado não é o proprietário exclusivo da democracia[11]; antes, ele é uma ferramenta da sociedade civil[12]. Essa perspectiva reforça o papel central do terceiro setor como expressão da sociedade civil organizada, atuando de forma autônoma e complementar ao Estado na promoção do bem comum e na concretização de direitos fundamentais. Assim, o terceiro setor desafia as fronteiras rígidas entre público e privado, propondo um modelo de atuação colaborativo e integrado, que reflete a complexidade e as demandas da sociedade contemporânea.

Um ramo do direito dedicado a esclarecer, teorizar e operacionalizar conceitos e ferramentas jurídicas, não somente é possível, como é imperativo constitucional de entrega e concretude de direitos com a associação entre eficiência e equidade, assim como da modernização e construção de um direito administrativo apto a enfrentar os problemas e riscos do século XXI.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu apresentar parte dos resultados e construções teóricas formuladas no âmbito da monografia *A História e o Lugar do Direito do Terceiro Setor - Intersecções com o Direito da Cultura*. Além disso, apresentamos contribuições originais não presentes na monografia, como a integração teórica proposta no Diagrama 2.

Esperamos com este trabalho contribuir para a análise do recente e incipiente ramo do direito do terceiro setor, que é produto de uma hibridização e metamorfose no bojo do próprio direito administrativo e do estado, que emerge como "centro de distribuição de recursos sociais" (Modesto, 2012, p. 239).

Em um cenário de incertezas e mudanças aceleradas, impulsionado especialmente pelos recentes avanços da inteligência artificial — uma tecnologia que, como todas, traz consigo riscos e oportunidades com impactos profundos no trabalho, na economia e na sociedade —, a modernização e a atualização do direito administrativo tornam-se urgentes. Essa atualização deve não apenas responder aos problemas atuais, mas também estar voltada para os desafios futuros que aguardam o campo do direito. A inteligência artificial, por exemplo, exige a revisão de paradigmas tradicionais, como a responsabilização, a transparência e a governança, especialmente em contextos de parcerias público-privadas e na atuação do terceiro setor.

problem of making the transition into a new work ethic and a new economic ethic in history. The traditional politics is market versus government, and you fall along that spectrum depending on your ideology. [...] We have to begin to see our society not as a polar system, but as a three-legged stool. There are not two sectors in every country. There are three. To understand this is to understand the opportunities and challenges that out children's generation will have in the 21st century. [...] Then, there is the third sector, the civil society, the social economy, the non-profit sector, it has all those names, it creates social capital and both paid employment and volunteer work. [...] If this sector was an economy would be the seven largest in the world (Roust, 2021, *online*).

11 [...] a sociedade política deixa de ser una e passa a ser dual, separando-se a sociedade civil do Estado; nessa mesma linha, o aparelho do Estado separa-se do patrimônio privado dos soberanos e se transforma em administração pública — em uma organização formada por oficiais públicos profissionais, eleitos (políticos) e não eleitos (burocratas), que dirigem o Estado em nome do interesse público e executam suas leis e políticas públicas (Bresser-Pereira, 2017, p. 160–161).

12 *Ibid*., p. 163-164.

O direito administrativo deve, portanto, evoluir para incorporar ferramentas e princípios que permitam lidar com a complexidade e a dinamicidade dessas novas tecnologias, garantindo que seu uso promova o interesse público e a proteção de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se prepara para os desafios éticos, sociais e econômicos que o futuro reserva. Essa adaptação é essencial para que o direito continue a ser um instrumento eficaz de regulação e promoção do bem-estar coletivo em um mundo em constante transformação.

REFERÊNCIAS

BRESSER-PEREIRA, L. C. Estado, Estado-Nação e Formas de Intermediação Política. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 100, p. 155–185, jan. 2017.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 967–968.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 38. ed., rev., atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2024.

CORRY, Olaf. *Defining and theorizing the third sector*. In: Taylor, Rupert ed. Third Sector Research. Londres: Springer, 2010.

DEFOURNY, J.; PESTOFF, V. *Towards a European Conceptualization of the Third Sector*. Advances in Public Interest Accounting, p. 25–87, 27 nov. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 37. ed., rev., atual. e ampl. [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

GOLDENSMITH, Stephen. *Governar em rede*: o novo formato do setor público. Brasília/São Paulo: ENAP/Unesp, 2006.

JAKAB, A. *Public law–private law divide?*. Cambridge University Press eBooks, p. 387–400, 5 abr. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MACIEL, Igor Moura. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENEGAT, Fernando. *Administração pública e suas parcerias com o terceiro setor: a lógica gerencial pós reforma*. Trabalho de Conclusão de Curso, UFPR, 2010. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/49003?show=full. Acesso em: 4 nov. 2024.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 237–259. 2012.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito administrativo*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. [2. Reimp.]. Rio de Janeiro: Método, 2024.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PESTOFF, V. The Role of Participatory Governance in the EMES Approach to Social Enterprise. *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, v. 2, n. 2, 2013.

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

(Biblioteca Jurídica WMF). Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final de Evandro Ferreira e Silva.

SOUZA, S. E. D. Os "*Socorros Públicos" no Império do Brasil* - 1822 a 1834. Repositório Institucional Unesp. 2007 [s.l: s.n.]. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/4c27555b-f5d7-462d-96b6-75c63e0d99cc/content. Acesso em: 20 out. 2024.

SPITZCOVSKY, Celso. *Coleção Esquematizado – Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. Coordenado por Pedro Lenza.

STORTO, Paula Raccanello. *Criminalização burocrática das organizações da sociedade civil.* Livro eletrônico. Brasília: Cáritas Brasileira, 2023.

TIM ROUST. Jeremy Rifkin. *The End of Work (part 1) - The Third Sector (Civil Society).* Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=XK-94XP8Gi4. Acesso em: 6 nov. 2024.

UM ALERTA À INADEQUADA ANÁLISE DOS REQUISITOS DE CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA À LUZ DA TEORIA DA GANGORRA

A WARNING ABOUT THE INADEQUATE ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS FOR GRANTING PROVISIONAL URGENT RELIEF IN LIGHT OF THE SEESAW THEORY

*Marcio Cesar do Nascimento Junior**

Resumo: O presente artigo visa elucidar os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência no direito processual civil pátrio (***fumus boni iuris*** e ***periculum in mora***) sob a perspectiva de uma relação necessariamente interativa e inversamente proporcional (Teoria da Gangorra). Para isso, será utilizada pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, conceituando-se, em um primeiro momento, os institutos jurídicos de maior necessidade para a compreensão deste artigo como um todo. Ao final, será feita uma crítica, que visa propor uma adequação técnica ao tratamento dos pressupostos exigidos para a concessão da referida tutela quando analisados diante da obrigatoriedade de sua concessão, caso constatados em grau suficiente. Por fim, tal crítica terá a sua razão prática demonstrada a partir da análise dos impactos decorrentes da imprecisão técnica empregada em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, a qual prejudica o exercício de direitos constitucionais e viola o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Palavras-chave: *Fumus Boni Iuris*. *Periculum in Mora*. Teoria da Gangorra. Tutela Provisória.

*Abstract: This article aims to elucidate the requirements for granting provisional urgent relief in Brazilian civil procedural law (**fumus boni iuris** and **periculum in mora**) from the perspective of a necessarily interactive and inversely proportional relationship (Seesaw Theory). To achieve this, doctrinal, legislative, and jurisprudential research will be employed, initially defining the legal concepts most necessary for understanding this article as a whole. In the end, a critique will be made, aiming to propose a technical adjustment to the treatment of the prerequisites required for granting the aforementioned relief when analyzed in light of the obligation to grant it, if sufficiently proven. Finally, the practical reason for this critique will be demonstrated through an analysis of the impacts resulting from the technical imprecision employed in various rulings of the Superior Court of Justice, which undermines the exercise of constitutional rights and violates the duty to provide reasoned judgments.*

*Keywords: **Fumus Boni Iuris**. **Periculum in Mora**. Seesaw Theory. Provisional Relief.*

1. INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional estatal, proveniente de avocação exclusiva por parte do Estado — ressalvando-se a existência de um sistema brasileiro auto-organizado de justiça multiportas, que se contrapõe ao monopólio estatal de resolução de conflitos (Didier Jr. e Fernandez, 2023, p. 17) —, destinada a limitar o exercício da autotutela e preservar a ordem jurídica, consiste no dever de solucionar os conflitos por meio da aplicação casuística do direito abstrato preestabelecido (Fux, 2002, p. 1). Ainda, divide-se em duas espécies: definitiva e provisória. Quanto a esta última, ocorre nas seguintes modalidades: tutela de urgência, tutela de evidência, cumprimento provisório de sentença e liminares fundadas nos arts. 536 a 538, do CPC (Lamy, 2018, p. 1).

A tutela definitiva é exercida por meio de cognição exauriente, ou seja: é prestada por meio de procedimento em que seja conferido às partes efetiva oportunidade de manifestação, no qual a decisão final seja fundamentada em elementos suficientes à convicção do julgador. A tutela provisória, por sua vez, é exercida por meio de cognição sumária, em procedimento no qual apenas uma das partes tem a oportunidade de se manifestar, ou, ainda, quando ambas possam fazê-lo antes da referida decisão, o acervo probatório ainda for passível de ser enriquecido. Essa espécie de tutela jurisdicional não se destina à formação de coisa julgada. Em razão disso, dado o seu caráter de não

* Graduando da 8º fase de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos e Competição em Processo Civil da UFSC. Membro da Associação Brasileira de Estudantes de Direito Processual (ABEDP). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9126156464837574. E-mail: 2003marcio@gmail.com.

definitividade, denomina-se provisória (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2024, p. RB-1.5).

A tutela provisória, portanto, decorrente dos princípios da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988; art. 4º, CPC) e da proteção jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) em seu aspecto temporal, tem sua existência voltada tanto para (i) driblar situações em que há perigo na demora da prestação jurisdicional definitiva, quanto (ii) para redistribuir os ônus do tempo da tramitação processual, quando o julgador, embora fortemente convencido da razão do demandante, ainda não tenha elementos suficientes para proferir julgamento exauriente (Wambier e Talamini, 2016, p. 860).

Além disso, a tutela provisória também tem por escopo o próprio direito fundamental à tutela jurisdicional. Nesse sentido, Marinoni (2008, p. 157):

> No estágio atual do direito processual civil, é descabido pensar que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva possa descartar os direitos a essas tutelas. Se o direito efetivo à prevenção depende da antecipação ou se o direito à tutela jurisdicional efetiva não pode permitir que o autor sofra dano em razão da demora na concessão da tutela jurisdicional final repressiva (a qual, então, precisa ser antecipada), é pouco mais do que evidente que a tutela antecipatória [...] está albergada nesse direito fundamental.

Assim, a interpretação do direito de ação deve ser feita no sentido de "direito ao processo adequado", que deve atender ao direito material subjacente — inclusive, em seu aspecto temporal (Medina, 2023, p. RB-4.1). Isso porque uma sociedade que se pretende democrática não pode se esquivar de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, de acordo com as peculiaridades fáticas correspondentes à lide (Lamy, 2018, p. 33).

Afunilando-se ao âmbito de discussão do presente trabalho, faz-se necessário esclarecer que este se restringe ao âmbito da tutela provisória de urgência, regulamentada pelo CPC nos arts. 300 a 310.

Sabe-se que a doutrina e a legislação definem como critérios para a concessão da tutela provisória de urgência a demonstração de *fumus boni iuris e periculum in mora*, os quais se flexibilizam reciprocamente, ante o elevado grau de evidência do outro. A essa relação inversamente proporcional, a doutrina atribuiu algumas terminologias diversas, que variam em função das preferências de cada autor. As variações terminológicas observadas no acervo utilizado de consulta para a produção deste artigo foram: "Teoria da Gangorra", "Regra da Gangorra", "Teoria dos Vasos Comunicantes" e "Permutabilidade Livre", cuja análise será feita de forma detida em tópico específico.

Por fim, propõe-se uma adequação técnica aos operadores do direito em geral quanto à definição dos requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência, no sentido de que se percebe, a partir de uma perspectiva conceitual dos elementos, bem como a partir da correspondente normativa na legislação, que a tutela provisória de urgência não se justifica pela **presença** de *fumus boni iuris e periculum in mora* por si só, mas sim pelo preenchimento de um grau abstratamente exigido de ambos os requisitos, o qual se flexibiliza de maneira inversamente proporcional em face do "excedente" demonstrado pelo outro, em relação indispensavelmente interativa.

2. A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E SUAS MODALIDADES

A tutela provisória de urgência, compreendida como gênero, abarca as espécies "cautelar" e "antecipada". A antecipada permite a fruição imediata dos efeitos do potencial deferimento do pedido, antecipando as decorrências da própria tutela jurisdicional buscada. Atribui-se, portanto, à tutela antecipada o caráter de "satisfativa". Por outro lado, à cautelar se atribui o caráter de "conservativa", uma vez que é destinada a garantir a utilidade prática do fim jurisdicional buscado, por meio de medidas diversas da própria tutela pretendida. É destinada, pois, a assegurar que o resultado final possa ser usufruído (Medina, 2023, p. RB-4.23).

Dessa forma, percebe-se que a tutela provisória de urgência antecipada não amplia o objeto litigioso, em razão de apenas antecipar os efeitos da própria tutela almejada. Por outro lado, a cautelar o faz, uma vez que se efetiva por meio de medidas diferentes da tutela principal buscada, muito embora destinadas a protegê-la (*ibidem*, p. RB-4.23). Ressalvadas tais peculiaridades, fato é que ambas se dirigem a assegurar a eficácia do potencial provimento final (Ribeiro, 2018, cap. 3.3.1).

A estas duas espécies, ainda, se acumulam as características de "antecedente" ou "incidental". A tutela provisória de urgência, seja cautelar ou antecipada, exercida em caráter antecedente, é aquela que pode ser concedida antes mesmo de apresentado o pedido principal. Por sua vez, a tutela provisória de urgência, tanto cautelar como antecipada, exercida em caráter incidental é aquela cujo pedido é feito em qualquer momento após a apresentação do pedido principal, possível, portanto, inclusive em âmbito recursal (Miranda de Oliveira, 2021, p. 304; Medina, 2023, p. RB-4.3).

Analisadas tais diferenciações entre as tutelas provisórias de urgência, cumpre relembrar que todas essas modalidades compartilham de dois requisitos genéricos em comum para que seja devida a sua concessão: a demonstração de *fumus boni iuris* (a probabilidade do direito) e *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), como dispõe o artigo 300, do CPC (Ribeiro, 2018, cap. 6.3, n.p.). Além disso, estende-se a possibilidade de sua concessão em âmbito recursal, em caráter incidental: nessa hipótese, os requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris* encontram sua correspondente normativa no art. 995, parágrafo único, do CPC, por meio das expressões "risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, produzido pela decisão recorrida" e "demonstração da probabilidade de provimento do recurso", respectivamente (Miranda de Oliveira, 2021, p. 304).

Cumpre ressaltar, ainda, que tanto o *fumus boni iuris* como o *periculum in mora* são conceitos vagos, carentes de interpretação por parte do julgador à luz do caso concreto (Ribeiro, 2018, cap. 3.1.2, n.p.). Isso não quer dizer que há discricionariedade quanto à sua concessão: a doutrina majoritária ensina que, verificada a presença[1] dos requisitos, o magistrado tem o dever de conceder a urgência (Bueno, 2023, p. 686; Carneiro, 2004, p. 21). Dessa forma, trata-se de interpretação de termo aberto, sem respaldo jurídico determinado, razão pela qual a fundamentação da concessão não se restringe a critérios legais fechados (Bedaque, 2021, p. 351).

Depreende-se das brilhantes lições do Professor Cândido Rangel Dinamarco (2022) que o instituto deriva da materialização da instrumentalidade do processo em seu escopo social, enquanto necessário ao manejo do direito a ele subjacente. O autor ensina que a tutela provisória lida — além dos requisitos relativos à sua concessão — com um dilema representado por dois polos opostos: o juízo do direito mais forte e o juízo do mal maior. O primeiro leva em consideração uma noção de prognóstico jurídico hierárquica e comparativa entre as partes sobre o *status quo* e o que pretende ser alterado na realidade, ao passo em que o segundo diz respeito à observância da comparação entre a gravidade das consequências da concessão ou indeferimento da tutela provisória, a fim de privilegiar a manutenção temporária do que for menos gravoso à parte que a levanta ou a impugna, até que se ultime o provimento definitivo (Dinamarco, 2022, p. 236–237).

3. REQUISITOS DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

3.1 *FUMUS BONI IURIS*

Superada tal necessidade de conceituação geral do instituto e de suas modalidades, é primordial atentar-se detidamente sobre o significado que se extrai dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, necessários à sua concessão, a fim de que se compreenda de forma mais adequada a relação que entre eles subsiste.

1 Tal ideia será problematizada na seção n. 5.

Pois bem: o *fumus boni iuris* consiste na verificação de um prognóstico jurídico favorável pelo juiz ao acolhimento do pedido. Trata-se da plausibilidade de existência do direito alegado. A fumaça do bom direito é identificada por meio de cognição sumária acerca da probabilidade de procedência do direito da parte. Sendo constatada essa aparência de procedência, a doutrina ensina que restará preenchido o *fumus boni iuris*. Resta nítida, portanto, a sua correspondência legislativa no art. 300, do CPC, na partícula que menciona a "probabilidade do direito" como elemento necessário à concessão da urgência. (Ribeiro, 2018, cap. 3.4.5, n.p.).

Acrescentam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, em seu Curso de Direito Processual Civil – 2 (2023, p. 761), que o *fumus boni iuris* perpassa por duas etapas de análise: verossimilhança fática e plausibilidade jurídica. A primeira diz respeito à aparente correspondência das alegações à realidade fática, enquanto a segunda se refere à probabilidade de subsunção do fato à norma apresentada.

Importante ressaltar que, com o advento do CPC de 2015, suprimiu-se a alusão que existia no código anterior, de 1973, à "prova inequívoca da verossimilhança". Atualmente, basta que a probabilidade do direito reste evidenciada por meio de algum elemento probatório produzido na inicial ou mediante justificação prévia, uma vez que não condiz com a lógica da técnica antecipatória a produção probatória exaustiva, inconciliável com a ameaça representada pelo decurso do tempo (art. 300, CPC; Assis, 2022, p. RB-9.14).

Nesse sentido, no código de 1973, a definição de probabilidade do direito era demasiadamente restringida pelo legislador, o que reduzia o âmbito de interpretação do juiz acerca do *fumus* necessário à concessão da tutela. Por exemplo, no âmbito da concessão da tutela cautelar, a concessão do arresto exigia "prova literal da dívida líquida e certa" (art. 814, I, CPC/1973). Em que pese, porém, o advento do Código de Processo Civil de 2015 tenha representado uma abertura no que diz respeito à fundamentação da tutela provisória de urgência, reitera-se que não há que se falar em discricionariedade na sua concessão, mas mera demonstração dos requisitos exigidos (Bueno, 2023, p. 686).

3.2 *PERICULUM IN MORA*

O *periculum in mora*, por sua vez, deve ser entendido como o risco que ameaça o direito pretendido de perecer ou ser lesado diante da demora do pronunciamento do julgador no procedimento comum (Ribeiro, 2018, cap. 3.4.6, n.p.). Trata-se da necessidade de prevenção do direito por meio da urgência da medida. Ademais, deve ser analisado sob a ótica do seguinte parâmetro: o de que para remediar essa urgência, o procedimento ordinário em específico se revele muito lento. Nesse sentido, dispõe Piero Calamandrei (1936, p. 36, tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi):

> O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. [...] é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa de ulterior dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo.

Dessarte, percebe-se que o perigo que se intenta driblar deve ter por parâmetro o decurso do tempo comumente tomado para que seja proferido julgamento exauriente no procedimento comum. Traduz-se, portanto, no receio de mal irreparável ao interesse legítimo da parte que o decurso do tempo das vias ordinárias pode levar (Assis, 2022, p. RB-5.7).

Cumpre destacar, ainda, que o *periculum in mora* encontra correspondência legal no art. 300, do CPC, no trecho que diz respeito ao "perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo".

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2024, p. RB-10.3), poderia, inclusive, o legislador ter utilizado o termo "perigo na demora", em vez de "perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo". Assim, teria conseguido ser mais preciso e amoldar-se de forma mais satisfatória ao direito material subjacente ao processo em que se pretende o emprego da técnica antecipatória. Ainda que não tenha sido a expressão utilizada pelo legislador, deve ser lida dessa maneira, a fim de abarcar não só a tutela contra o dano, mas também contra o ilícito, no sentido de que se a tutela tardar, o ilícito pode ocorrer (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2024, p. RB-10.3).

Cabe salientar, no entanto, que assim como o *fumus*, a correspondente na legislação outrora era mais restritiva quanto à abertura que se conferia à interpretação. O *periculum in mora*, exigido para a concessão do arresto, na seara da tutela cautelar, por exemplo, pressupunha o preenchimento de alguma das hipóteses do art. 813, do CPC/1973 (Ribeiro, 2018, cap. 3.1.3, n.p.).

Ademais, o *periculum in mora* pode ser prevenido tanto por meio de tutela de urgência cautelar, mediante medidas assecuratórios diversas do bem pretendido, como por tutela de urgência antecipada, pela concessão provisória do próprio direito final almejado (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2024, p. RB-10.3).

A expressão dual, utilizada hoje pela legislação processual civil quanto ao "perigo de dano" e "risco ao resultado útil do processo", advém do direito italiano e da sistematização proposta por Piero Calamandrei, que distinguia o *pericolo di tardività* (perigo na demora) do *pericolo di infruttuosità* (perigo da inutilidade) (Araújo, 2023, p. RB-13.21).

4. A RELAÇÃO INVERSAMENTE PROPORCIONAL ENTRE *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA* (TEORIA OU REGRA DA GANGORRA, TEORIA DOS VASOS COMUNICANTES OU PERMUTABILIDADE LIVRE)

Definidos os requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*, cabe agora analisar a relação dualista existente entre estes na valoração destinada à (não) concessão da tutela provisória de urgência pelo julgador.

Nesse sentido, é comum que se estabeleça na doutrina uma relação inversamente proporcional, no sentido de que, presente em muita evidência a presença da fumaça do bom direito, flexibiliza-se de forma inversamente proporcional à necessidade de demonstração do perigo na demora. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, em sua obra "Tutela Provisória" (2018, n.p.), demonstra essa relação a partir da analogia com uma gangorra. Dessa forma, quando o *fumus boni iuris* está "mais ao alto na gangorra", o *periculum in mora* está "mais perto do chão". Nesse sentido, a altura de cada um dos lados do aparelho corresponde, em sentido figurado, ao nível de demonstração exigido para cada requisito.

De forma semelhante, o autor, em trecho de sua autoria na obra "Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil" (2020, p. 564), se utiliza da terminologia "Regra da Gangorra" para referir-se à interação ora observada. De sua exposição, no entanto, é possível inferir que tal relação não é inversamente proporcional de forma recíproca. Tal sopesamento opera de forma mais adequada em razão da fraca demonstração do *fumus boni iuris*, diante da manifesta demonstração de *periculum in mora* — o verdadeiro "fiel da balança". O contrário, no entanto, não seria possível na mesma medida, uma vez que, em se tratando de tutela provisória na modalidade de urgência, o aspecto temporal, consubstanciado no *periculum in mora*, inegavelmente tem maior peso e protagonismo. Não fosse assim, não se chamaria tutela de "urgência".

A ressalva do autor merece ser adotada quanto à constatação de que o *periculum in mora* definitivamente tem um peso maior nessa relação interativa entre os requisitos. Ressalta-se, portanto, que a gangorra utilizada como analogia pelo autor para descrever a relação analisada acaba por

adquirir, em sentido figurado, verdadeiro caráter assimétrico: o comprimento do lado em que toma assento o *periculum in mora* deve ser indiscutivelmente maior, de modo que a sua demonstração exerça maior influência nesse equilíbrio a ser encontrado pelo julgador.

Defende-se aqui que tal compensação ainda seria possível quanto àquelas situações em que o *fumus boni iuris* está ligeiramente melhor demonstrado do que o *periculum in mora*, de forma suficiente a compensá-lo no sopesamento interativo entre os requisitos. No entanto, abre-se um parênteses para destacar que tal compensação não seria possível quando o *fumus* estivesse evidentemente demonstrado e extremado em relação ao *periculum*, percebido em baixo grau.

À visão do presente trabalho, esta possibilidade desafiaria a própria *ratio legis* do instituto, uma vez que a tutela de urgência se destina a salvaguardar a eficácia do provimento definitivo diante dos perigos representados pelo decurso do tempo do procedimento comum. Tal hipótese, portanto, se requerida em caráter liminar, configuraria estratégia sorrateira de obter-se tutela de evidência nesta modalidade para além das hipóteses permitidas pelo parágrafo único, do art. 311, do CPC, que restringe aos incisos II e III a sua concessão liminar. Tal discussão, pois, se estenderia ao caráter taxativo ou exemplificativo do parágrafo único, do art. 311, do CPC — o qual não se vê adequado desenvolver aqui.

Por outro lado, quanto à proposição deste requerimento em caráter incidental, no entanto, observa-se que, ainda que não tivesse o mesmo objetivo latente do seu requerimento em caráter liminar, revelaria-se ao menos como uma inadequação técnica uma vez que o inciso IV, do art. 311, do CPC, já confere a possibilidade de concessão de tutela de evidência com base em critério amplo e aberto de demonstração de *fumus boni iuris*, dispensando o requisito do *periculum in mora* — apenas não sendo a sua concessão possível em caráter liminar.

Feitas tais ressalvas, José Miguel Garcia Medina, em seu Curso de Processo Civil (2023, p. 593), discorre sobre tal relação, afirmando que quanto mais aparente a urgência, menos se exigirá a probabilidade de existência do direito. Abordando as possíveis variáveis que podem existir nessa relação, o autor ensina que esse modo de enxergar a interação entre os requisitos alude à "doutrina dos vasos intercomunicantes" (2023, p. 595). Nesse sentido:

> A proeminência do *fumus* pode justificar a concessão da liminar, ainda que menos ostensivo o *periculum*, e vice-versa. Os requisitos não são absolutamente independentes, mas se inter-relacionam. Esse modo de pensar vem ganhando corpo, na doutrina e na jurisprudência. Alude-se à 'doutrina dos vasos intercomunicantes'. De acordo com essa perspectiva, evidência e urgência podem ou não ser extremadas, ou apenas evidência ou urgência ficam extremadas (concorrendo o outro pressuposto, de modo menos exagerado), ou, ainda, hipóteses de tutela 'pura', em que a evidência dispensa a urgência, ou vice-versa, podendo haver as seguintes variações: evidências extremada pura, urgência extremada pura, evidência extremada e urgência não extremada, urgência extremada e evidência não extremada, evidência e urgência extremadas, evidência e urgência não extremadas, evidência pura de extremidade legalmente presumida, urgência pura de extremidade legalmente presumida.

Nesse sentido, percebe-se que a doutrina, ao utilizar-se do termo "teoria" ou "regra da gangorra" ou "teoria dos vasos comunicantes", faz referência à mesma ideia de uma relação inversamente proporcional entre *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

O termo "teoria dos vasos comunicantes", por sua vez, analogia não tão assimilável quanto à palavra "gangorra", alude ao princípio dos vasos comunicantes, objeto de estudo da Física, relacionado ao Teorema de Stevin. A fim de tornar a analogia mais cognoscível, convém explicar rapidamente que este princípio, em âmbito extrajurídico, aduz que a pressão exercida por um líquido independe da forma ou do volume do frasco, variando apenas em decorrência da densidade do líquido, da aceleração da gravidade e da altura da coluna de líquido acima do ponto analisado (Gomes, Amaral e Prado, 2019, p. 4). Dessa maneira, se dois ou mais recipientes abertos em cima e conectados por baixo forem preenchidos de um mesmo líquido, possuirão o mesmo nível de altura de água. A demonstração ilustrativa abaixo é capaz de tornar mais nítido o que foi exposto:

Figura 1: vasos comunicantes



Fonte: Otero, 1997.

O sentido da analogia, portanto, reside no seguinte: considerando que o referido recipiente possua apenas duas áreas de contato com a atmosfera, como o da ilustração acima, ao derramar-se um líquido de um lado, igualar-se-á a altura da água em ambos. Em sentido figurado, "derramando-se" um pouco de *periculum in mora* de um lado, o desnível do outro lado será compensado, igualando-se. Semelhantemente, "vertendo-se" um pouco de *fumus boni iuris* no outro lado, ocorreria o mesmo fenômeno.

Ademais, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, em seu Curso de Direito Processual Civil – 2 (2023, p. 760), referem-se à relação ora debatida por meio da denominação "permutabilidade livre", referindo-se à alternância do nível de demonstração exigido entre os requisitos na concessão da tutela de urgência.

A despeito da possibilidade de o nível de exigência de um dos requisitos ser flexibilizado em face da prevalência do outro, isso não significa que a tutela provisória de urgência poderia ser concedida na ausência total de um deles. Ausente a demonstração satisfatória de *periculum in mora*, por exemplo, não se concederia mais tutela de urgência, mas sim de evidência, se, obviamente, forem subsumíveis os fatos às hipóteses legais.

5. A IMPRECISÃO TÉCNICA AO TRATAR DOS REQUISITOS *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA*

A despeito do que foi exposto até aqui, porém, percebe-se comum, em diversas obras de direito processual civil, que também defendem a aplicação da teoria da gangorra, que a definição empregada para os requisitos que ensejam a obrigação de concessão da tutela provisória de urgência gravite, indevidamente, em torno da **presença** — destaca-se: este é o termo ora problematizado: **presença** — de *fumus* e *periculum*, visão que se incompatibiliza com a correta interpretação, defendida por este trabalho, de uma visão sobre os requisitos entendidos como variáveis — como pressupõe a teoria da gangorra, conforme tudo o que já foi argumentado anteriormente.

Observando-se tal ideia à luz da referida relação inversamente proporcional existente entre os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ratificada pela doutrina, percebe-se que a verificação não se debruça sobre a presença ou não dos requisitos em si, mas sim sobre o preenchimento da exigência de um determinado grau em que se demonstram no caso concreto. Isso porque "a fumaça do bom direito", bem como o "perigo na demora" estão presentes, se não em todos, na grande maioria dos pedidos que se fazem perante o Judiciário, ainda que em nível extremamente remoto.

Tal raciocínio se extrai do próprio entendimento respaldado pela doutrina de que existe uma relação inversamente proporcional entre os requisitos ora discutidos, ideia à qual se refere por "teoria da gangorra", "permutabilidade livre" ou "teoria dos vasos comunicantes". Isso porque, ao admitir a possibilidade de flexibilizar-se a demonstração de um dos requisitos diante da preeminência do outro, pressupõe-se que há um grau mínimo de demonstração exigida em uma variável, cujo não preenchimento ensejaria a não concessão da tutela – muito embora objetivamente

presente o elemento, apenas não em um nível satisfatório. Dessa forma, ainda que a presença ou existência do *fumus* e do *periculum* seja constatada objetivamente, mas em grau insuficiente, à concessão da tutela provisória de urgência ainda deveria ser negada.

A crítica que se faz aqui, destaca-se, não é quanto à rejeição da ideia de discricionariedade do juiz na concessão da tutela provisória de urgência — a qual, na verdade, ratifica-se pelo presente trabalho: não há discricionariedade na concessão da tutela de urgência. O que se propõe a sofrer ligeira adequação técnica, na verdade, é quanto ao mantenimento da coerência conceitual doutrinária utilizada para definir os requisitos para a concessão da referida tutela, que, em razão do que se defendeu nos últimos parágrafos, dizem respeito não à simples constatação sobre a "presença" ou "existência" desses pressupostos, mas sim à constatação desse preenchimento de um "grau mínimo" necessário.

Ademais, faz-se necessário responder de antemão a possíveis críticas que poderão ser feitas a tal ideia, as quais poderiam partir da premissa de que a presença de *fumus* e *periculum* só se configurariam quando atingidos ou superados esses graus mínimos exigidos para cada um destes elementos. Concluir-se-ia, dessa forma, que a presença de *fumus* e *periculum* pressupõe, por si só, o preenchimento desse nível mínimo exigido.

Entretanto, tal exercício silogístico não carece de razão, ao observá-lo sob a ótica da "teoria da gangorra". Isto é, caso a "fumaça do bom direito" e o "perigo da demora" fossem atribuídos de um grau estanque de intensidade abstratamente preestabelecido, não seria possível flexibilizá-los em face da preeminência do outro.

Tal crítica poderia ter desenvolvimento mais coerente quanto ao *fumus boni iuris*, especificamente, partindo-se da dupla subclassificação do pressuposto proposta por Athos Gusmão Carneiro, em sua obra *Da Antecipação de Tutela* (2004, p. 28):

> Vale aditar que o 'juízo de verossimilhança' supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à matéria de fato exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausibilidade na subsunção dos fatos à norma de lei invocada — 'ex facto oritur ius' —, conducente, pois, às consequências jurídicas postuladas pelo autor. Em suma: o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as 'quaestiones facti' como as 'quaestiones iuris' induzem a que o autor, requerente da AT, merecerá prestação jurisdicional em seu favor.

O autor ensina que, para a constatação do *fumus*, deve ser feita a verificação de um grau mínimo da plausibilidade de verdade dos fatos, bem como de um grau mínimo de probabilidade de aplicação do direito vigente. Tal entendimento é corroborado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, em seu Curso de Direito Processual Civil – 2 (2023, p. 761). Dessa forma, o *fumus boni iuris* já seria avaliado em seu grau de exigibilidade quanto a essas duas etapas pretéritas, as quais, não preenchidas, incorreriam na não existência de *fumus*. Justamente por isso que se chamaria *fumus boni iuris*, e não *fumus* iuris: o requisito não trata da "fumaça do direito", mas da "fumaça do **bom** direito".

De igual modo, porém, defende-se aqui que tal raciocínio não mereceria prosperar, uma vez que a única diferença substancial representada por esta corrente seria a de que, em vez de tal flexibilização eventualmente concedida por meio da "regra da gangorra" operar-se sobre o *fumus boni iuris* diretamente, fá-lo-ia quanto aos seus aspectos de verossimilhança fática e jurídica, os quais igualmente teriam seus graus de exigibilidade, abstratamente compreendidos previamente, alterados diante da evidência melhor percebida de *periculum in mora*.

Em razão de tais argumentos, defende-se que, a partir de uma compreensão que privilegie a harmonia doutrinária entre os institutos legais referentes à tutela provisória de urgência no Brasil, revela-se mais adequado do ponto de vista técnico atribuir a obrigatoriedade da concessão da tutela provisória de urgência à constatação de um grau mínimo exigido dos requisitos ora mencionados, e não à constatação de sua simples "presença" ou "existência", a qual na verdade seria comum à generalidade das ações.

Corrobora-se tal interpretação que privilegia a harmonia do sistema jurídico, em detrimento de um apego enrijecido aos conceitos dos pressupostos da tutela provisória de urgência, a partir de uma visão instrumentalista do processo, que busca legitimar os institutos processuais a partir de seu atendimento à prestação jurisdicional adequada, bem como às normas constitucionais e aos princípios norteadores da teoria processual (Dinamarco, 2022, p. 24).

5.1 IMPACTOS PRÁTICOS

Em um primeiro momento, pode parecer que tal problematização se revela inócua e sem muito impacto operacional em relação aos problemas que se enfrentam na conjuntura jurídica atual. Porém, para demonstrar os efeitos práticos ocasionados por essa conceituação imprecisa, revela-se necessária a análise jurisprudencial sobre os institutos acima trazidos. Nesse sentido, restou assim ementado o julgamento do AgInt. nos EDcl. na TutCautAnt. n. 459/SP, de 2024:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. REQUISITOS CUMULATIVOS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO *FUMUS BONI IURIS*. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido apenas excepcionalmente a atribuição de efeito suspensivo a recurso. Todavia, é necessária a presença concomitante dos pressupostos que lhe são inerentes, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o que não é o caso dos autos. 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ).3. A ausência do *fumus boni iuris* basta para o indeferimento do pedido, sendo, portanto, desnecessário apreciar a questão sob a ótica do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que deve se fazer presente cumulativamente. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl na TutCautAnt n. 459/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 22/8/2024.) (grifado)

Em análise às razões empregadas pelo relator, infere-se que o julgado em questão não se coaduna de forma harmoniosa com a já analisada Teoria da Gangorra. Na fundamentação de seu voto, o Ministro Relator defendeu que:

> Ausente o requisito do *fumus boni iuris*, torna-se prescindível a análise da questão sob a ótica do risco de dano grave ou de difícil ou impossível reparação, porquanto a eventual presença do segundo, isoladamente, não seria suficiente para conceder o efeito suspensivo pretendido, na medida em que, para tanto, é necessária a existência concomitante dos pressupostos que lhe são inerentes (p. 5).

A inadequação se percebe, em primeiro lugar, porque não desfruta da compreensão adequada dos requisitos ora apresentados, uma vez que os analisa a partir de sua "presença", e não a partir de um "grau mínimo exigido para a sua concessão". A adoção dessa premissa se mostra equivocada, conforme anteriormente demonstrado, em razão de a presença de *fumus* e *periculum* ser inerente a todas as ações judiciais, ainda que em grau extremamente remoto. Por mais absurda, incoerente e impossível que pareça ser determinada pretensão apresentada ao Poder Judiciário, haverá uma chance mínima de que tenha procedência.

A compreensão que se reputa mais adequada no presente trabalho, portanto, em perspectiva radicalmente exemplificada, é a seguinte: ainda que determinado sujeito ajuíze ação para adquirir imóvel público por usucapião, o *fumus boni iuris* será constatado, porém em grau ínfimo, o que lhe atribui pouquíssimas chances de ter seu pleito acolhido. Tal pensamento se corrobora pela já abordada Teoria da Gangorra, cuja aplicação pressupõe necessariamente a percepção dos requisitos da tutela de urgência como variáveis, cujo preenchimento mínimo impõe ao magistrado o dever de concedê-la. Afinal, tal percepção equivocada acerca do *fumus* e do *periculum* oferece suporte sofístico à possibilidade de eximir-se o julgador de analisar os dois requisitos conjuntamente, de

forma interativa, vício constatado no julgado em tela.

A desarmonia com a Teoria da Gangorra resta evidenciada de maneira problemática a partir da interpretação observada no referido julgado, uma vez que a análise sobre os requisitos se limitou à verificação do *fumus boni iuris*: o julgador concluiu pela ausência integral do requisito, razão pela qual não entendeu necessária a análise acerca do *periculum in mora*. Essa compreensão, todavia, mostra-se equivocada, uma vez que, à luz da "Teoria da Gangorra", adotada pela majoritária doutrina já referenciada no decorrer do presente artigo, haveria a possibilidade de o *periculum in mora* ser tão evidente, a tal ponto de compensar o baixo nível de *fumus* demonstrado — definido de forma inadequada pelo julgador como "não presente".

Padecem das mesmas imprecisões diversos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Em AgInt na TutPrv no REsp n. 2.049.894/PE (Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/6/2024), na página n. 7 da íntegra do acórdão, o Ministro Relator dos referidos autos entendeu que a tutela provisória não poderia ser concedida naquela hipótese, sob o seguinte argumento: "o *fumus boni iuris*, portanto, não se encontra evidente, como exige a excepcionalidade da situação, o que prejudica a análise do *periculum in mora*". Nesse acórdão específico, ressalva-se que, em que pese tenha feito tal declaração equivocada, logo em seguida se debruçou brevemente sobre o *periculum in mora*: "sem embargo, convém mencionar que a jurisprudência deste Tribunal Superior compreende que 'o mero início dos atos executórios não caracteriza o *periculum in mora* necessário para a concessão do efeito suspensivo ao recurso'".

Veja-se, porém, que, no julgamento do AgInt na Pet. 16.029/MG (Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/9/2023), de relatoria do mesmo Ministro, o entendimento equivocado foi integralmente reproduzido, como fundamento à prescindibilidade de enfrentamento do *periculum in mora*: "Por conseguinte, nos termos da decisão ora agravada, o *fumus boni iuris* não se encontra evidente, como exige a excepcionalidade da situação, o que prejudica a análise do *periculum in mora*".

Diferentemente do que foi realizado nos pronunciamentos referenciados a título exemplificativo, dentre os diversos outros que reproduzem tais equívocos, é necessário que a verificação dos requisitos da tutela de urgência seja feita sobre os dois pressupostos, em uma perspectiva interdependente, ainda que a análise do primeiro forneça um aparente prognóstico desfavorável à concessão da medida. A gravidade da imprecisão do entendimento nos referidos julgados é reforçada pela omissão quanto à análise justamente do requisito mais importante, o "fiel da balança", na análise da concessão da tutela provisória de urgência: o *periculum in mora*.

Percebe-se, pois, que o julgador, ao eximir-se de analisar o segundo requisito diante da suposta "inexistência" do primeiro, "partiu ao meio a gangorra", rompeu o vínculo que os une uma relação interativa e inversamente proporcional, em evidente lesão ao dever de fundamentação imposto pelo art. 489, § 1º, V, do CPC. A cognição sumária exigida para a concessão da tutela provisória de urgência não tem o seu dever de fundamentação flexibilizado em razão da urgência. A análise, ao menos quanto aos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* deve ser adequada e detida, e não prescinde de justificação adequada quanto à análise de ambos. Tal visão é corroborada por Daniel Mitidiero, em sua obra *Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?*, na página 125, ao discorrer especificamente sobre a necessária e detida manifestação, por parte do julgador, acerca da identidade, semelhança ou distinção dos precedentes utilizados pelas partes para pleitear a concessão da tutela provisória no caso concreto:

> Essa necessidade de diálogo em torno da ratio decidendi não atine exclusivamente à decisão definitiva da questão idêntica, semelhante ou distinta. As decisões que enfrentam os pedidos de tutela provisória, por exemplo, devem seguir o mesmo roteiro. A ratio deve ser enfrentada de forma precisa, clara e completa.

Embora neste excerto o autor se restrinja ao necessário enfrentamento fundamentado, por parte do julgador, acerca das *rationes decidendi* — precedentes (Mitidiero, 2023, p. 22) — levantadas pelas partes e empregadas para justificar ou impugnar a concessão da tutela provisória de urgência, tal necessidade se estende às demais alegações relevantes — que, na tutela de urgência, limita-se à verificação da probabilidade do direito e do perigo na demora.

Além disso, interessante pontuar que, em que pese tenham sido problematizados os julgados ora levantados, há também que observar-se a existência de julgados que se debruçam sobre os requisitos da tutela provisória devidamente à luz da teoria da gangorra. Em recente decisão monocrática (EDcl no RMS nº 71.068/MS, rel. Ministro Afrânio Vilela, DJe de 07/02/2024) proferida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Afrânio Vilela, por exemplo, a tutela provisória de urgência foi concedida com base na regra da gangorra, expressamente referenciada, uma vez que o *periculum in mora* se observava de maneira evidente, apesar de o *fumus boni iuris* não estar tão bem configurado naqueles autos.

Assim, embora por uma limitação de páginas não seja possível fazê-lo de forma aprofundada no presente trabalho, convém destacar a importância de "manejar" tais precedentes, a fim de que as imprecisões técnicas constatadas nas fundamentações de tais julgados — ainda que não sejam dotados de obrigatoriedade em sentido forte (Arruda Alvim, Dantas, 2023, p. RB-3.10) — não sejam utilizadas para legitimar a perpetuação de tais vícios no ordenamento jurídico: é necessário que sejam superados.

Por fim, partindo da visão de que não há discricionariedade na concessão da tutela provisória de urgência, mas sim o dever de sua concessão quando percebidos em grau satisfatório, a omissão quanto à análise dos dois requisitos, sob a ótica de "permutabilidade livre", configura manifesta ofensa aos princípios da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988; art. 4º, CPC) e da proteção jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) em seu aspecto temporal, os quais dão suporte normativo fundamental à razão de existir da tutela provisória de urgência, bem como, sobretudo, violação ao dever de fundamentação consubstanciado no art. 489, § 1º, V, do CPC.

A Professora Teresa Arruda Alvim (2023, p. 105), em sua obra *A Fundamentação das Sentenças e dos Acórdãos* ensina assertivamente que uma "decisão insuficientemente fundamentada [...] é decisão não fundamentada". Ora, percebe-se, da exposição trazida no presente trabalho, que se trata, sobretudo, de grave vício de fundamentação, cuja manutenção é absolutamente incompatível com o instituto da tutela provisória e seus fundamentos constitucionais, uma vez que omitida nas decisões referenciadas a análise quanto a um dos requisitos indispensáveis à verificação do (não) cabimento da tutela provisória.

6. CONCLUSÃO

Dessa forma, percebe-se que a imprecisão mencionada, a qual tem sido replicada por uma vasta gama de julgados, viola, por si só, o dever de fundamentação das decisões judiciais, bem como incorre em violações diretas a normas constitucionais fundamentais, que visam assegurar a adequada prestação jurisdicional por parte do Estado. Conforme abordado, a tutela provisória de urgência tem sua *ratio legis* voltada a driblar situações nas quais o transcurso do tempo do procedimento comum se mostra incompatível para tutelar de forma satisfatória o direito material subjacente ao processo, que não deve ser compreendido como um fim em si mesmo.

Além disso, a aceitação majoritária da "teoria" ou "regra da gangorra", "teoria da permutabilidade livre", "teoria dos vasos comunicantes" ou quaisquer outras nomenclaturas eventualmente não apreciadas no presente estudo, mas que exprimem a mesma ideia, reforça ainda mais a ideia de que os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* devem ser compreendidos não em sua presença ou existência em si no caso concreto, mas sim no grau em que neste se demonstram, o

qual exige um mínimo a ser preenchido para que a tutela seja concedida e que, também, se flexibiliza de modo inversamente proporcional ante a evidência do outro.

Ainda, as possíveis críticas pensadas no presente trabalho não merecem prosperar, em razão de privilegiarem uma visão exageradamente formalista dos institutos processuais, apegando-se demasiadamente aos conceitos dos institutos de uma forma rígida, em detrimento de uma visão instrumentalista do processo que busca harmonizá-los: a postura instrumentalista é necessária para garantir o atendimento aos fins constitucionais atribuídos ao processo, bem como aos princípios que lhe informam a teoria processual.

Impõe-se, dessa forma, a necessidade de uma conceituação mais precisa por parte dos operadores de direito em geral. Para que a problemática seja amenizada de forma imediata, é imprescindível que aqueles investidos de capacidade postulatória se insurjam por meio da argumentação ora apresentada contra eventual decisão que não lhes conceda a tutela de urgência com base no raciocínio objeto de crítica da presente discussão, a fim de "levar" tal tese à apreciação dos tribunais. Dessa forma, deve-se instar a superação dos entendimentos equivocados problematizados no presente trabalho. A longo prazo, é necessário, ainda, um estudo mais aprofundado e detido acerca da tutela provisória no âmbito das próprias grades curriculares das faculdades de direito.

Por fim, de tudo o que se apresenta nesta análise, verifica-se que o estudo do Processo Civil, tido erroneamente por alguns como disciplina cujo impacto na tutela dos direitos fundamentais seria mínima, revela-se fundamental à adequada prestação jurisdicional e não deve ser menosprezado em sua importância. Os impactos advindos de uma distinção doutrinária imprecisa podem, conforme exemplificado no exemplo anteriormente levantado, incorrer no tolhimento de garantias constitucionais fundamentais que se relacionam frontalmente com o acesso à justiça dos jurisdicionados. O Estado, como bom avocador da tutela jurisdicional antes dissolvida pelos indivíduos deve, portanto, atentar-se ao ônus assumido ao restringir a autotutela: a prestação de tutela jurisdicional efetiva e atenta às nuances do mundo fático.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/322978602/v1/page/RB-13.21%20. Acesso em: 3 set. 2024.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2023.

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao código de processo civil — artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário*. 7ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro – III*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107537709/v3/page/RB-9.14%20. Acesso em: 3 set. 2024.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2023.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador, Jus Podivm, 2023.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. *Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte - REPOJURN*. ano 3, n. 1, jan/jun. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros/ JusPodvim, 2022.

FUX, Luiz. *Tutela jurisdicional*: finalidade e espécies. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2002.

GOMES, Andreia Vaz; AMARAL, Elessandra Martins de Souza; PRADO, Rogério Junqueira. Determinação da densidade de líquidos imiscíveis pelo princípio de Stevin. *Revista Brasileira de Ensino da Física*, n. 41 (3), 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1806-9126-RBEF-2018-0313. Acesso em: 17 mar. 2025.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Tutela provisória*. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil* – 2. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2024. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/105867603/v10/page/RB-16.3%20. Acesso em: 3 set. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104783476/v8/page/1. Acesso em: 3 set. 2024.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

MITIDIERO, Daniel. *Ratio decidendi*: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade Nery. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016.

OTERO, Maria Rita. ¿Cómo usar analogías en clases de física?. *Caderno Brasileiro de Ensino de Física*, v. 14, n. 2, 1997, p. 179–187.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/108723056/v3/document/155502510/anchor/a-155502510. Acesso em: 3 set. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno na Petição n. 16.029/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 21/9/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno na *Tutela Provisória* no Recurso Especial n. 2.049.894/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Tutela Cautelar Antecipada n. 459/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 22/8/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Declaração em Recurso em Mandado de Segurança n. 71.068/MS. Rel. Ministro Afrânio Vilela, DJe de 07/02/2024.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil 2*. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

PARENTAL ALIENATION: AN ANALYSIS FROM A GENDER PERSPECTIVE

*Eduarda Oliveira Dantas**

Resumo: O presente texto propõe uma análise aprofundada da assimetria de gênero, destacando a frequência com que tal desequilíbrio de poder emerge nos inúmeros casos concretos de alienação parental, que serão exemplificados ao longo da discussão. Nesse sentido, evidencia-se como o papel desempenhado pela mulher-mãe, historicamente marcado por processos de silenciamento e repressão, conduz a desafios substanciais tanto no contexto familiar quanto no âmbito jurídico. O comparativo de dados divulgados pelo IBGE evidencia as disparidades salariais e diferentes taxas de ocupação entre homens e mulheres, constituindo uma metodologia eficaz para compreender como a desigualdade de gênero se reflete no campo laboral e doméstico. É fundamental, ainda, investigar as origens e as bases teóricas da tese formulada por Richard Gardner acerca da Síndrome da Alienação Parental, que se revelam controversas quando submetidas a análises científicas rigorosas. No cenário jurídico, a adoção indiscriminada desses conceitos suscita discussões acaloradas, sobretudo quando os tribunais se deparam com casos de grande repercussão midiática, a exemplo dos episódios envolvendo o cineasta Woody Allen e a apresentadora Ana Hickmann. Nesses contextos, a aplicação dessa teoria tende a influenciar julgamentos complexos acerca de guarda e convivência, podendo, inclusive, afetar o bem-estar psíquico das crianças envolvidas. Ao reunir tais reflexões, pretende-se fomentar uma compreensão mais sólida sobre como a assimetria de gênero se materializa nas disputas parentais, evidenciando a necessidade de abordagens cautelosas e pautadas no respeito à dignidade humana.

Palavras-chave: Alienação Parental. Mulher. Mãe. Guarda.

Abstract: The present text proposes an in-depth analysis of gender asymmetry, highlighting the frequency with which this power imbalance emerges in numerous real cases of parental alienation, which will be exemplified throughout the discussion. In this regard, it becomes evident that the role played by the mother–woman, historically marked by processes of silencing and repression, leads to substantial challenges both in the family setting and in the legal sphere. A comparison of data released by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) reveals wage disparities and different employment rates between men and women, offering an effective methodology for understanding how gender inequality is reflected in the labor market and domestic. It is also essential to investigate the origins and theoretical foundations of the thesis developed by Richard Gardner on Parental Alienation Syndrome, which prove controversial when subjected to rigorous scientific scrutiny. In the legal arena, the indiscriminate adoption of these concepts sparks heated debates, especially when courts confront high-profile cases, such as those involving filmmaker Woody Allen and presenter Ana Hickmann. In these contexts, the application of this theory tends to influence complex judgments regarding custody and visitation, potentially affecting the psychological well-being of the children involved. By gathering these reflections, the aim is to foster a more solid understanding of how gender asymmetry manifests in parental disputes, underscoring the need for cautious approaches grounded in respect for human dignity.

Keywords: Parental Alienation. Woman. Mother. Custody.

1. INTRODUÇÃO

A análise sob a ótica de gênero, sobretudo quando aplicada ao tema da Alienação Parental, revela nuances que vão muito além de uma compreensão meramente jurídica ou familiar. É imprescindível considerar como, historicamente, a posição social da mulher foi marcada por processos de silenciamento e repressão, o que acabou influenciando as dinâmicas de poder nas relações parentais e, consequentemente, na forma como a Alienação Parental tem sido utilizada ou interpretada no contexto legal. A própria origem do termo, fundamentada na teoria de Richard Gardner, já carrega controvérsias quanto à sua base científica e aos possíveis efeitos discriminatórios, especialmente contra as mulheres.

Para entender a profundidade desse cenário, é relevante partir de dados concretos. Nesse sentido, as estatísticas divulgadas pelo IBGE, que evidenciam disparidades salariais e diferentes taxas de

* Graduanda pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. E-mail: duoliveiradantas@gmail.com.

ocupação entre homens e mulheres, servem como um alerta sobre desigualdades de gênero ainda existentes em nossa sociedade. Essas discrepâncias não se limitam ao campo social: elas se refletem também nos tribunais, onde a alegação de Alienação Parental pode se tornar um instrumento de opressão, transformando uma teoria inicialmente concebida para proteger as crianças em um meio de perpetuação de práticas machistas ou de invalidação do discurso feminino.

A história, marcada pela submissão da figura feminina, oferece inúmeros exemplos de como a violência contra a mulher se perpetuou ao longo do tempo. Quando observamos casos de grande repercussão midiática, como os envolvendo o cineasta Woody Allen ou a apresentadora Ana Hickmann, percebe-se que a teoria da Alienação Parental pode ser evocada tanto para justificar comportamentos duvidosos quanto para questionar a própria credibilidade de quem denuncia abusos. Nesse contexto, importa refletir sobre como a mídia populariza esses acontecimentos, transformando conceitos teóricos em discursos acessíveis a uma grande parcela da população, ao mesmo tempo em que aprofunda estereótipos e preconceitos.

Assim, o presente estudo tem como objetivo conduzir uma reflexão consistente acerca das interseções entre gênero e Alienação Parental, lançando luz sobre as bases históricas e sociais que sustentam essa prática. A partir desse ponto de partida, buscar-se-á examinar de maneira mais detida a controvérsia em torno das teorias de Gardner, o contexto em que elas foram desenvolvidas e as implicações de seu uso no cenário jurídico. Ao longo das próximas seções, espera-se demonstrar que a análise de gênero não apenas amplia o entendimento sobre a Alienação Parental, mas também aponta caminhos para a quebra de padrões e ciclos de injustiça que, há tanto tempo, perpetuam a desigualdade e a violência contra as mulheres.

2. O PAPEL DA MULHER NA ESTRUTURA FAMILIAR

As nuances do papel da mulher na sociedade vêm mudando com o decorrer do tempo. Apesar dos avanços para modificações necessárias, a estrutura histórica persiste em perpetuar um cenário opressivo para o gênero feminino. Esta evolução ainda se encontra substancialmente contida, derivando de construtos iniciais que determinaram as funções a serem desempenhadas por cada integrante deste arranjo familiar.

Durante muito tempo foi possível identificar papéis nitidamente delineados para os membros da estrutura familiar. O homem era uma figura autoritária enquanto a mulher era mais submissa com suas tarefas entrelaçadas às obrigações familiares. Essa dinâmica teve e ainda tem como essência as permissões sociais a cada gênero, o trabalho remunerado desempenhado pelo marido e o doméstico da esposa.

O matrimônio, por sua vez, tem sido historicamente definido como uma instituição que reforça o domínio patriarcal, concedendo ao homem a capacidade de, seja como marido ou, antes do casamento, como pai, exercer o controle sobre a mulher, seja como esposa ou filha.

Na primeira onda feminista houve uma grande movimentação em prol do direito ao voto pelas mulheres, mais conhecido como movimento sufragista. Apesar de ter começado no século XIX, os reflexos como a conquista de votos foram vistos em 1919 nos Estados Unidos e em 1932 no Brasil durante o governo Vargas. Além do voto, nessa época a luta se dava em prol da autonomia e independência da mulher que pela manifestação de sua vontade poderia alcançar a plenitude como cidadã.

> [...] as sufragistas argumentavam que as vidas das mulheres não melhorariam até que os políticos tivessem de prestar contas a um eleitorado feminino. Acreditavam que as muitas desigualdades legais, econômicas e educacionais com que se confrontavam jamais seriam corrigidas, enquanto não tivessem o direito de voto. A luta pelo direito de voto era, portanto, um meio para atingir um fim (Abreu, 2002, p. 460).

Necessário destacar que esse problema era recorrente em uma classe social mais elevada e amplamente educada, pois para as pessoas analfabetas ainda não era permitido nem o voto, refletindo assim diferentes desafios enfrentados por diferentes grupos sociais.

As opressões decorrentes do passado colonial foram amenizadas, porém não extintas, fazendo com que ainda permaneça uma configuração hierárquica pautada em raça, classe e também em gênero. Dessa forma, em função da segregação com base racial, em especial as mulheres negras, tinham muita dificuldade para uma possível ascensão social, pois não houve qualquer auxílio aos escravos alforriados que continuavam na pobreza.

> Entre os pobres, sabemos que era usual as mulheres não se casarem formalmente. Por um lado, essas mulheres não estavam sujeitas à vontade de seus companheiros e podiam participar livremente do mundo do trabalho, até por falta de escolha. Por outro lado, porém, os filhos tidos nessas uniões, assim como suas mães, não estavam protegidos contra o abandono do lar pelo homem. Em uma eventual ruptura do vínculo conjugal, cabia à mulher, exclusivamente, arcar com o sustento da família (Marques, 2005, p. 131).

A ausência de medidas para inclusão da população negra no final do século XIX e começo do XX resultou apenas em uma liberdade simbólica, pois ainda eram submetidos a trabalhos análogos a escravidão. Temos como exemplo que, enquanto a mulher preta — pela sua classe social — obrigatoriamente necessitava trabalhar nessa transição de escravatura para empregos de baixa remuneração para conseguir sustentar financeiramente os filhos, a mulher branca não tinha essa problemática em seu cotidiano.

Com o decorrer do tempo, no século XX foi visível a tentativa de conquista de maior isonomia social. A luta pela igualdade formal foi abordada por parte de muitas minorias, dentre elas, as mulheres. Apesar da vitória nessa batalha, é fato que ainda não teve fim a hierarquia social que perpetua o privilégio do homem branco como consequência do capitalismo e do patriarcado, que ainda persistem nos tempos modernos.

Em paralelo à luta racial, as mulheres burguesas para quem o Código Civil de 1916 se dirigia estavam submetidas ao homem, fosse ele o pai ou o marido. O casamento era indissolúvel, o que consequentemente enclausurava os indivíduos nesse relacionamento na medida em que somente o perecimento das partes extinguiria a união.

A religião, em especial a católica, teve um papel fundamental para que o divórcio fosse concedido tardiamente no Brasil. Os preceitos do catolicismo eram determinantes para que o Estado não aprovasse essa modalidade de ruptura da sociedade conjugal e perpetuava a sua desaprovação moralmente na sociedade. A única maneira existente era o desquite que, apesar de extinguir a sociedade conjugal, não rompia o casamento que continuava vigente.

O desquite foi instituído em 1916 como uma modalidade de dissolução da sociedade conjugal que colocava fim aos deveres conjugais. O termo significava o não quites, já que ainda haveria um débito pendente nessa relação, não completamente extinta. Portanto, havia autorização para o fim da convivência com ressalvas.

Dessa forma, era possível a divisão de bens entre os cônjuges, porém não havia maneira de dissolver o vínculo matrimonial sendo este ainda vitalício. Assim, apesar de existir uma separação de fato, a esposa, então desquitada, continuaria presa ao vínculo que fora constituído, de modo a não ser possível novo casamento.

Essas restrições foram impostas em razão dos estereótipos de gênero e os aprofundaram. Em função disso, a mulher começa a demandar outra posição — mais igualitária — na busca da simetria de gêneros.

> Os termos masculino e feminino são usados simetricamente apenas como uma questão de formalidade. [...] o homem representa tanto o positivo e o neutro,

> como é indicado pelo uso comum de homem para designar seres humanos em geral; enquanto que a mulher aparece somente como o negativo, definido por critérios de limitação, sem reciprocidade. [...] Um homem está em seu direito sendo um homem, é a mulher que está errada (Beauvoir, 2009, p. 9).

O movimento feminista contribuiu bastante para retirar a mulher da condição de mera coadjuvante, para forjar a conquista de um papel mais importante como são exemplos: a inclusão nas universidades, a participação no mercado de trabalho e também o desenvolvimento de consciência política. A construção social do papel de mulher envolvia a submissão que a oprimia por toda sua vida em referência à Beauvoir que escreveu: "a mulher não nasce mulher, ela se torna mulher" (2009, p. 9). Assim, essa quebra de ciclo deu um novo significado ao debate sobre gênero que antes era secundário.

A segunda onda do movimento feminista se deu principalmente nas décadas de 1960 e 1970, baseada nas ideias de igualdade de direitos, autonomia reprodutiva, no fim da discriminação no trabalho, e com isso houve um impacto significativo na legislação. Nesse contexto, um marco foi a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, que tinha como objetivo conceder às mulheres uma maior autonomia sobre suas vidas, conseguindo assim maior poder de decisão.

Essa legislação representou um avanço notável, pois abriu caminho para que as mulheres brancas dos extratos superiores da sociedade pudessem traçar seus próprios destinos sem a necessidade de aprovação ou interferência dos maridos e de terceiros em suas vidas. Isso significava que as mulheres brancas casadas ganharam mais controle sobre suas finanças, propriedades e decisões pessoais, que anteriormente eram frequentemente submetidas ao controle do marido.

Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, foi concedida a permissão para que as esposas pudessem trabalhar sem o consentimento dos maridos. Esse avanço permitiu uma maior autonomia da mulher branca das camadas elevadas para além do papel de submissão ao homem, que monopolizava a renda familiar. No ano de 1977, foi conquistado o direito ao divórcio que, juntamente com a emancipação laboral da mulher, permitiu novas dinâmicas familiares.

Uma mudança legislativa significativa foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que inaugurou uma nova forma de dissolução matrimonial: o divórcio. Posto isso, o casamento válido pôde ser findado com base no parágrafo único do art. 2º da lei supracitada, pelo divórcio ou pelo falecimento de um dos cônjuges. Dessa forma, foram estabelecidos os critérios para a separação matrimonial de maneira equitativa e abrangente, buscando promover uma solução harmoniosa para todos os envolvidos.

De toda forma, a introdução da mulher no mercado de trabalho não foi tão rápida quanto era demandada pelas mulheres essa independência. Além disso, continuou havendo uma diferença salarial com base nos gêneros e a predominância masculina em cargos superiores, que persistem de forma recorrente mesmo nos tempos atuais.

Em razão do divórcio foi preciso regulamentar também a guarda dos filhos menores de idade que permaneciam sob o pátrio poder, hoje, poder familiar. Diante de núcleos separados veio a necessidade de uma legislação que preservasse as relações entre todas as partes afetadas.

3. VIOLÊNCIAS DE GÊNERO

A opressão enfrentada pelas mulheres em função do papel desempenhado na sociedade é uma expressão das violências de gênero. Essa situação é um efeito colateral das hierarquias de gênero destacadas do tópico anterior.

> [...] definida como esposa, mãe e filha (ao contrário dos homens para os quais ser marido, pai e filho é algo que acontece apenas), [as mulheres] são definidas como seres para os outros e não como seres com os outros (Chauí, 1985, p. 47).

A construção social define, por meio dos estereótipos vigentes, qual modelo deve ser seguido, como o condicionamento estabelecido para que a mulher seja esposa e tenha filhos. Em paralelo, o trabalho doméstico e de criação dos filhos é desvalorizado, acarretando em uma maior vulnerabilidade das mulheres.

Essa dinâmica de inferioridade da mulher é intrínseca às sociedades e implicada com a exploração capitalista. Apesar de os Estados Unidos serem o país capitalista mais desenvolvido do mundo, ainda há uma desigualdade latente que é demonstrada pelas disparidades principalmente salariais, como é abordado por Saffioti (1987). Para a socióloga, o sistema capitalista intensifica a exploração de gênero em virtude das diferenças impostas, e assim, contribui para a opressão das mulheres. Para Saffioti: "O patriarcado não se resume a um sistema de dominação, modelado pela ideologia machista. Mais do que isto, ele é também um sistema de exploração" (1987, p. 50).

A situação econômica dá mais visibilidade ao desvalor normalmente atribuído às mulheres. O viés extrativista cultivado desde o Brasil colônia mostra a objetificação que se expande para as relações interpessoais. Dessa forma, com base no sistema de dominação e exploração combinados, juntamente com a valorização dos homens como másculos, machos e viris ocorre o desprezo do feminino e a sua subjugação.

O panorama acima ressaltado associa aos homens uma imagem violenta. Essa vinculação da masculinidade com a agressividade resulta em uma visão animalesca da sua natureza. Como descrito pelo sociólogo Daniel Welzer-Lang, nessa confusão a masculinidade se torna sinônimo de força, potência e dominação, que gera também estereótipos em torno dessas características.

> [...] a criminalidade, a violência pública é uma violência masculina, isto é, um fenômeno sexuado. A disparidade muscular, eterno argumento da diferença, deve ser interpelada em diferentes níveis. [...] Nós confundimos frequentemente: força-potência-dominação e virilidade (Welzer-Lang, 1991, p. 59).

A violência acaba por se expandir aos vários campos do relacionamento entre homem e mulher. Para exemplificar temos o próprio silenciamento da mulher ou até mesmo a falta de credibilidade sobre suas narrativas. Em oposição, o homem tem sua posição valorizada, e tende a perpetuar os seus privilégios. Essa objetificação, como denomina Chauí (1985), extermina a voz da mulher e diminui em muitos casos a capacidade de autodeterminação para pensar, querer, sentir e agir.

A violência praticada contra a mulher transcende a agressão física, pois todo o seu ser está moldado de acordo com o imposto pelo homem. Além da mulher viver na iminência de uma violação física apenas pelo seu gênero, a construção social impõe limitações desde as mais sutis como a designação de cores para roupas que identificam mulheres; no contexto laboral a escolha de profissões; bem como imposições mais intensas como a pressão para a maternidade.

A vida de uma mulher é permeada por restrições desde o nascimento. Ela é direcionada a seguir padrões de comportamento, brincar de casinha e usar roupas cor-de-rosa. À medida que cresce, é pressionada a se comportar de maneira adequada e a ocultar seu corpo caso se desenvolva precocemente, de modo a não atrair a atenção indesejada dos homens. Quando adulta, é esperado que encontre um marido, desde que não ganhe um salário superior ao dele para não ameaçar sua masculinidade. Após o casamento, a pressão se volta para ter filhos e abrir mão de sua carreira em prol da família.

Por outro lado, os homens desfrutam de uma ampla liberdade para buscar suas ambições pessoais e profissionais. O mercado de trabalho é predominantemente ocupado por homens, enquanto as mulheres são fadadas ao trabalho doméstico e reprodutivo. Não somente isso, a ocupação feminina em cargos de poder é ínfima na comparação com os homens.

O poder conferido a eles culmina em uma dinâmica de submissão pelo receio do que pode vir a acontecer. Essa combinação de fatores patriarcais resulta em um silenciamento das mulheres,

por exemplo, em relação aos casos de violência doméstica, com a culpa frequentemente sendo transferida da parte agressora para a vítima.

Em virtude da omissão cultuada, muitas violências são cometidas e não são vistas porque não deixam marcas na pele. É o caso da violência patrimonial descrita pela Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> 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;

Esse mecanismo tem como função a continuidade da dependência financeira da esposa ou companheira. Dessa forma, apesar dos percalços do relacionamento, o homem se torna o "provedor" do qual não há maneiras de se desvencilhar.

Conforme demonstrado anteriormente, a mulher das classes média e alta da sociedade não tinha permissão para trabalhar e se sustentar, facilitando ainda mais com que a figura masculina conseguisse exercer o papel de poder e controle através da dependência financeira. Esse contexto permite também que o marido consiga transferir bens comuns do casal para terceiros, por isso, no momento do divórcio não é incomum já ter havido a diminuição patrimonial.

Temos como exemplo recente o caso de Ana Hickmann e Alexandre Correa — que ainda será comentado em capítulo posterior. A tática utilizada pelo ex-marido não necessitava da submissão financeira da parceira — pois Ana possui um vasto patrimônio. No entanto, como ainda é costume a gestão de forma exclusiva ou quase, dos bens do casal por parte do marido, isso possibilitou, neste caso ainda sob investigação, a suposta prática de fraude.

A violência patrimonial é uma tática normalmente caracterizada pela maior concentração e utilização dos rendimentos familiares, inclusive da mulher, pelo marido em razão da visão de não merecimento da esposa.

Uma das expressões dessa situação é a diferença salarial entre os gêneros, chegando o salário da mulher em uma mesma função desempenhada por um homem em apenas 78%, segundo dados do IBGE em 2019. Essa desigualdade se reflete nas relações conjugais, pois os homens, em sua maioria, por ganharem mais do que as mulheres, tendem a menosprezar o trabalho das esposas/companheiras.

Essa situação é agravada ainda mais pela dupla jornada da mulher que inclui o trabalho doméstico e o remunerado. Segundo IBGE, em 2018, a diferença de hora afazeres domésticos pelo homem e pela mulher sem ocupação chega à metade — as mulheres atingem quase 24 horas semanais, enquanto os homens somente 12 horas. Apesar de menor, a diferença ainda é gritante em caso de vínculo empregatício, enquanto as mulheres se dedicam por 18,5 horas, os homens oferecem apenas 10,3 horas.

Além disso, em momento de necessidade, a pessoa com menor salário acaba pedindo demissão para cuidar da casa e esta, normalmente, é a mulher. Mesmo empregada, se dedica aos serviços de casa de maneira mais assídua. Assim, mostra-se novamente a situação criada para que a mulher permaneça dependente desta relação. Em razão deste desequilíbrio de gênero, as mulheres continuam a desempenhar um papel de submissão.

É importante a urgência de reconhecer as violências de gênero, não apenas no nível individual, mas também pelas dinâmicas das relações interpessoais na sociedade. A igualdade de gênero não é apenas uma questão de justiça social, mas também um requisito fundamental para o progresso e a harmonia em uma sociedade. Não é possível o desenvolvimento social com a perpetuação de atitudes tão arcaicas como essas.

4. ALIENAÇÃO PARENTAL: A TEORIA DE RICHARD GARDNER

A Síndrome da Alienação Parental, conceituada pelo psiquiatra e clínico geral estadunidense, Richard Gardner, é uma condição complexa que se configura pela manipulação psicológica de um dos pais em seus filhos, com o objetivo de criar falsas memórias e aversão na mente da criança em relação ao genitor alienado. Segundo o referido médico, esta teoria foi desenvolvida com o intuito de proteger o bem-estar das crianças inseridas em situações de conflito e tensão decorrentes de disputas conjugais.

A Síndrome da Alienação Parental se expressa pela manifestação de um abuso emocional por meio de estratégias sutis ou evidentes, nas quais o genitor alienador influencia a percepção da criança de modo a afastá-la do outro genitor, frequentemente sem justificativa plausível. Inicialmente, a abordagem de Gardner era centrada na ideia de lavagem cerebral, contudo, ao observar a fala e o comportamento das crianças envolvidas, que demonstravam uma rejeição injustificada e intensa em relação ao genitor alienado, o termo *Síndrome de Alienação Parental* passou a ser utilizado, refletindo a natureza patológica desse fenômeno complexo.

O fundamento dessa teoria, devidamente descrito por Gardner em vários de seus trabalhos, contribuíram significativamente para o entendimento e o reconhecimento dessa problemática nos contextos familiares e legais.

Necessário abordar que há uma divergência conceitual sobre o significado de Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental. Essa divergência entre as áreas da Psicologia e do Direito cria um limbo no campo jurídico sobre o que é e como deve ser definida a Síndrome e a Alienação.

A título ilustrativo o conceito de Síndrome de Alienação Parental conforme descrito por Richard Gardner em seus artigos.

> A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (Gardner, 2002, p. 2).

No caso da Síndrome, o estudo está em um campo psicopatológico, atribuído ao próprio infanto-adolescente. Em contrapartida, do outro lado há o conceito de Alienação Parental que seria essa violência acometida pelo genitor contra a vítima, no caso a criança. Essa divergência cria uma margem sobre a quem estaria incidindo essa teoria: ao indivíduo ou a ação praticada. Ademais, Gardner também define Alienação Parental da seguinte maneira:

> A alienação parental (AP) é um termo geral que abarca qualquer situação em que uma criança possa ser alienada de um genitor. Pode ser causada por abuso parental físico, verbal, emocional, mental, sexual, abandono e negligência. Adolescentes, como atos de rebelião, podem se tornar alienados de um genitor. [...] Uma criança também pode ser programada por um genitor para ser alienada em relação ao outro. Essa categoria específica de alienação parental é genericamente mencionada como síndrome da alienação parental (2006, p. 6).

Em uma tentativa de amenizar qualquer dúvida subsequente a publicação da teoria, Gardner descreveu os pormenores das diferenças entre a Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental:

> A alienação parental possui muitas causas, por exemplo, a negligência parental, o abuso (físico, emocional e sexual), abandono, e outros comportamentos parentais alienadores. A síndrome de alienação parental é uma subcategoria específica de alienação parental, que resulta de uma combinação de programação parental e contribuições da própria criança, e é encontrado quase que exclusivamente no contexto de disputas pela custódia dos filhos (1998, p. XXVIII).

Dentro do campo da psiquiatria, no qual Richard Gardner estava envolvido, também existem divergências significativas em relação ao que é defendido por diferentes autores e profissionais. Para ilustrar essa diversidade de perspectivas, podemos mencionar algumas definições fornecidas por figuras proeminentes. Essas interpretações e abordagens em relação à Síndrome de Alienação Parental demonstram a falta de consenso que cercam esse debate. Segundo Ullmann (2008, p. 63): "A Síndrome da Alienação Parental pode ser definida como atitudes do guardião da criança que visam influenciá-la para que odeie o outro genitor, mesmo sem fundamento real".

Já, para Trindade:

> [...] a Síndrome de Alienação Parental é o palco de pactualizações diabólicas, vinganças recônditas relacionadas a conflitos subterrâneos inconscientes ou mesmo conscientes, que se espalham como metástases de uma patologia relacional e vincular (2007, p. 103).

Além da parte conceitual, há uma inconformidade ao que se refere a manifestação da Síndrome Alienação Parental:

> Na avaliação psicológica do filho (Mateus) e de seus genitores, foi identificada a Síndrome da Alienação Parental, visto que Mateus relatou não desejar manter contato com a mãe e não gostar dela, embora a mãe nunca o tenha maltratado e ele se lembrasse de momentos positivos entre eles, antes da separação dos pais. (Goldrajch, Maciel e Valente, 2006, p. 15).

Enquanto na concepção de Fonseca, são descritas as atitudes praticadas por um dos genitores e não as expressões emocionais da criança.

> [...] não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças etc.); [...] apresenta o novo companheiro à criança como sendo seu novo pai ou mãe; [...] transmite o seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela em estar com o outro genitor; controla excessivamente os horários de visitas; [...] transforma a criança em espiã da vida do ex-cônjuge; [...] quebra, esconde ou cuida mal de presentes que o genitor alienado dá ao filho (2006, p. 166).

Adicionalmente, é importante destacar que os artigos publicados por Richard Gardner demonstram uma tendência misógina. Gardner apresenta uma abordagem sexista, retratando as mulheres como pessoas maquiavélicas em busca de vingança contra seus ex-maridos. Nessa perspectiva, ele sugere que as mulheres estariam dispostas a atribuir injustamente ao pai da criança um crime que não foi cometido como forma de se vingarem da rejeição sofrida.

Essa representação caricatural e negativa das mulheres em seus escritos não apenas prejudica a credibilidade de suas teorias, mas principalmente contribui para a perpetuação de estereótipos de gênero nocivos às mulheres-mães. É importante reconhecer a influência dessas atitudes sexistas na compreensão e definição da Alienação Parental, enfatizada em função da visão do autor em relação a essa discriminação de gênero.

Gardner aborda o tema da ira da mulher inclusive em um de seus livros com a temática sobre a Síndrome da Alienação Parental. Para descrever o que considera que uma mulher seja capaz de fazer em busca de vingança, o autor declara em tradução livre que: "o inferno não tem fúria como uma mulher desprezada" (Gardner, 1987).

Em seu livro, Gardner responsabiliza a histeria da mulher como a causa do dano emocional sofrido pela criança. O foco do cenário nesta descrição se volta para uma parte que não é nem vítima e tampouco autor para imputar um valor à reação da mãe.

> Se a mãe reagiu ao abuso de uma maneira histérica, ou o usou como uma desculpa para denegrir o pai, então a terapeuta deve tentar trazê-la à sobriedade [...]. A histeria dela vai contribuir para que a criança sinta que um crime hediondo foi cometido e vai, assim, reduzir a probabilidade de qualquer tipo de reaproximação com o pai. [...] Ela tem que ser auxiliada a entender que, na maioria das sociedades na história

do mundo, esse comportamento foi onipresente, e ainda é assim (1992, p. 577)

Essa terceirização da responsabilidade expressa uma forma mais ampla de violência de gênero, como discutido no capítulo anterior. Ela ilustra como as mulheres devem continuar sendo silenciadas em benefício dos homens, mesmo quando se trata de questões tão graves como as acusações de abuso sexual. Nessas situações, a voz da mulher é frequentemente desconsiderada e suas respostas emocionais são desacreditadas.

É particularmente problemática a alegação de um crime sério, quando o foco recai no apagamento das experiências e emoções das mulheres. De acordo com a perspectiva de Gardner, o que prejudica a relação da criança com o pai não é o abuso que possa ter ocorrido, mas sim a reação da mãe à violência que supostamente foi cometida contra o(a) filho(a).

Por fim, a atribuição de valor negativo às atitudes das mulheres tem raiz no papel que lhes foi atribuído na sociedade e no seu "tradicional" lugar de submissão. Essa é a percepção que se pode extrair de uma análise com olhar feminista da teoria de Gardner, que utiliza a argumentação baseada em suposta alienação parental com o intuito de preservar a convivência e interação entre os ex-maridos/companheiros e os filhos, mas rotula a mulher-mãe como histérica dentre outros estereótipos de gênero, o que contribui imensamente para descredibilizar seus comportamentos e palavras.

5. O CASO DE WOODY ALLEN

Em 2017, teve início um grande movimento na indústria de Hollywood, o #MeToo[1]. Essa campanha teve como propósito denunciar atos cometidos por homens usando o protagonismo e a influência no meio cinematográfico. Entretanto, isso aconteceu anos após muitas denúncias terem vindo à tona e, por muitas vezes, terem sido ignoradas ou menosprezadas.

Nesse contexto, Dylan resolveu contar sua história novamente. A jovem de 32 anos na época, necessitava se expressar relatando mais uma vez sobre o abuso que sofreu, 25 anos antes. O intuito foi questionar sobre o motivo de a indústria estar cancelando várias figuras públicas com base nas denúncias de abuso e violência e ter poupado o seu pai adotivo, Woody Allen, da mesma atitude que a havia vitimado décadas atrás.

Em virtude de importantes holofotes apontados para a discussão, não foi difícil ressurgir com toda a história ocorrida em 1992. O caso foi novamente dissecado aos olhos do público e gerou material inédito ao leitor e espectador. Dylan escreveu artigos editoriais, foi entrevistada diversas vezes e chegou a fazer um documentário para o canal HBO, atual Max, para contar a história que fora silenciada. Woody Allen já havia escrito um livro negando os fatos e continuou sem conceder novas entrevistas[2].

O caso Allen vs Farrow, em virtude da repercussão midiática, contribuiu para a propagação da teoria sobre a suposta alienação parental. Woody Allen é um cineasta renomado com prêmios como Oscars, BAFTAs, Globos de Ouro, dentre muitos outros, e se relacionou durante 12 anos com a atriz Mia Farrow, na década de 1980. Já renomados por suas atuações no mundo cinematográfico, o casal dinâmico chegou a produzir *A Midnight Summer Night's Sex Comedy*[3] para seus portfólios. Além do cinema, Mia tinha uma paixão por crianças e desejava ter mais filhos além dos sete que tinha, quatro adotivos e três biológicos de seu antigo marido.

Apesar de não ser seu desejo, Allen aceitou o pedido de Mia, sua namorada na época, o casal engravidou e nasceu um filho. Após o período de gestação de Mia, Allen até mesmo ado-

1 O movimento Me Too, com uma grande variedade de nomes alternativos locais e internacionais, é um movimento contra o assédio sexual e a agressão sexual.

2 A Propósito de Nada Woody Allen.

3 *Sonhos Eróticos de uma Noite de Verão*, filme de 1982 dirigido por Woody Allen e estrelado por Allen e Mia Farrow.

tou alguns dos filhos adotivos e pré-existentes de Mia, Dylan e Moses, que não tinham registro paterno, demonstrando uma intenção de constituir família.

Dylan, foi adotada somente por Farrow em 1985, e, um menino, Satchel, concebido pelo casal poucos anos depois, no ano de 1987. Dessa forma, Allen foi presente na vida das crianças desde o início da convivência com Farrow. Apesar dos filhos, Farrow e Allen continuavam residindo em casas separadas, porém presentes na convivência familiar.

A relação entre Allen e as crianças, principalmente Dylan, era considerada estranha pelos conhecidos da família. Os depoimentos estão disponíveis no documentário Allen contra Farrow, lançado em 2021 no streaming antigo HBO, atual Max, e dirigido por Kirky Dick e Amy Ziering. As atitudes suspeitas narradas pelos conhecidos da família incluíam flagrarem Dylan "chupando" o dedo de Allen sem motivação plausível aparente e uma obsessão por parte do cineasta com a jovem que tinha aversão a tais atitudes.

Apesar dos possíveis indícios, a família Farrow não imaginaria o que viria a acontecer. Essas narrativas são feitas por Farrow e Dylan no documentário, que não contou com a cooperação ou participação de Allen, que não contestou a situação por elas descrita. Além das personagens centrais, há a contribuição também de Satchel, agora conhecido como Ronan Farrow, que se tornou popular por seu ativismo na causa de direitos humanos e por ser um jornalista atuante.

Em 1992, com apenas sete anos, Dylan afirmou ter sido vítima de violência sexual por parte do seu pai adotivo, Woody Allen. Essa denúncia confidenciada à sua mãe foi gravada logo que o assunto foi abordado, pois Farrow receava que não acreditassem na acusação.

Mesmo com a produção de uma prova que permitia mostrar o que a criança havia dito à mãe, a filmagem foi colocada em dúvida, começando uma batalha judicial desgastante para todos os envolvidos direta ou indiretamente na ação. Como o caso ocorreu nos Estados Unidos, a legislação vigente tem diferenças importantes em relação a nossa, para o início e a tramitação do processo.

Foi possível acionar o judiciário nos EUA em dois estados que possuem regimentos diferentes e consequentemente pode gerar resultados finais diversos. Em Connecticut, o processo foi arquivado por iniciativa do promotor em uma tentativa de preservar Dylan do desgaste de um julgamento público envolvendo assunto tão delicado, como é em um caso de abuso, considerando ainda mais uma idade tão jovem. Em Nova Iorque houve um desdobramento no sentido contrário ao prezado pelo promotor.

No entanto, em Connecticut logo após ter conhecimento de que se tornaria réu em ação judicial, Allen veio a público assumir o relacionamento que tinha com a filha de sua, agora, ex-namorada Mia Farrow, Soon Yi. Além do choque inicial pela ligação familiar entre eles, pois Allen era pai de alguns dos irmãos de Soon Yi, havia a diferença de idade de 35 anos entre o casal.

O novo relacionamento chegou ao conhecimento de Farrow quando ela encontrou acidentalmente uma coleção de fotos pornográficas de sua filha, Soon Yi, no casaco do seu então namorado, Allen. Tal fato fez com que Farrow quisesse afastar os filhos do famoso cineasta e terminar o relacionamento de 12 anos.

A partir disso começou uma batalha que não se limitaria apenas ao tribunal, transformando-se o assunto em uma pauta midiática. Não poderia ser diferente na medida em que o caso envolvia figuras públicas como um cineasta e sua musa, a atriz Farrow, que protagonizou muitas de suas obras e ganhou prêmios em conjunto com o ex-namorado.

Para a defender Allen da acusação de abuso sexual, os advogados decidiram argumentar sobre possível Síndrome de Alienação Parental por parte de Farrow como vingança pelo relacionamento dele com sua filha, Soon Yi. Essa tese foi usada para derrubar a acusação pois, de acordo com a defesa de Allen, Farrow poderia ter feito uma lavagem cerebral em

Dylan, para que acreditasse que foi abusada por Allen.

A referência bibliográfica foi uma publicação de Richard Gardner. Com isso, a defesa criou um precedente que é utilizado até os dias de hoje. A popularização dessa tese como resposta a uma acusação de abuso sexual criou uma instabilidade sobre a permanência da guarda e do exercício do direito à convivência com a criança em relação a mãe que fez a denúncia, pois, Allen requereu judicialmente a guarda das crianças.

Durante os trâmites processuais, Dylan foi encaminhada para um centro psiquiátrico para o acompanhamento, na tentativa de diagnosticar a Síndrome da Alienação Parental e também para avaliar se poderia ser uma testemunha confiável. Apesar dessas consultas, o laudo retornou com uma simples afirmação: Dylan não teria sido abusada. Uma colocação presunçosa, pois a questão em pauta era a confiabilidade sobre a narrativa, não cabendo ao psiquiatra decidir se houve crime.

Das hipóteses levantadas, caso Dylan estivesse mentindo, seria necessário aferir se a mãe poderia ser considerada alienadora ou se a mentira decorria da disfuncionalidade da família. De qualquer forma, o laudo fornecido foi falho e tendencioso, considerando que foi o diretor da clínica quem o assinou e o acompanhamento foi realizado por assistentes sociais que não aceitaram testemunhar sob juramento.

A batalha judicial na Vara de Família além de ter o agravante decorrente do gênero, também teve um grande fator que influenciou o processo: a fama dos envolvidos. Farrow foi descredibilizada como mãe incontáveis vezes durante o processo. Isso tudo é reflexo do poder de Allen, um homem e uma figura influente na sociedade.

Esse caso repercutiu na mídia e acabou inflando a teoria da Alienação Parental. O próprio Richard Gardner veio a público defender Allen em relação a acusação de abuso; além disso, rotulou Farrow de alienadora por ter induzido, por vingança, a criança a denunciar o pai. O autor da Síndrome comentou que: “gritar abuso sexual é uma maneira muito eficaz de vingar-se de um odiado cônjuge”.

Com a vitória de Allen nesse caso, a referência utilizada pela defesa sobre a acusação de abuso, criou uma justificativa para os muitos outros casos semelhantes. Apesar disso, é importante destacar que a Síndrome de Alienação Parental não foi reconhecida pela Manual Diagnóstico Estatístico de Doenças Mentais (DSM-5), tampouco pela Classificação Internacional de Doenças (CID-11). Todavia, acabou se popularizando em muitos países como estratégia da defesa nos casos que envolvem abuso sexual.

Com a Lei da Alienação Parental, muitas denúncias deixaram de ser seriamente investigadas em razão do debate em torno da suposta alienação. Desta forma, atos criminosos ganharam um papel secundário.

A vulnerabilidade se torna mais profunda nestes casos em que as crianças encontram dificuldades para denunciar, havendo chance ainda maior da denúncia não ser suficiente. A possibilidade de o depoimento de uma criança ser totalmente manipulado cria fragilidade ainda maior. A desvalorização do testemunho também contribui bastante para o questionamento da credibilidade da mulher-mãe que apoia a denúncia, o que pode aumentar a impunidade.

A inversão do ônus de comprovação retira a obrigação do acusado de demonstrar a inocência e obriga ao denunciante a demonstrar a sua idoneidade, que desencoraja a disposição para depor e/ou denunciar. Anteriormente, em 1992, essa teoria não era amplamente aplicada devido à falta de popularidade do tema. No entanto, hoje é comum o receio de fazer denúncias devido ao temor da inversão da guarda.

6. CASO ANA HICKMANN

O caso da apresentadora Ana Hickmann teve início com uma notícia sobre a agressão do marido e empresário, Alexandre Correa, divulgada em novembro de 2023. A investida teria acontecido

supostamente após Ana contar ao filho do casal, de apenas dez anos, que a família estava passando por uma série de problemas financeiros. Em resposta a conversa, Alexandre teria pressionado a apresentadora contra uma porta e ameaçado desferir cabeçadas contra sua então esposa.

O fator que impediu maiores danos foi o cachorro da família. Tendo em vista ser um animal treinado, a apresentadora conseguiu emitir um comando para que o cão atacasse Alexandre e cessasse com a força que estava fazendo contra a porta e contra ela mesma. Desse modo, a modelo conseguiu se trancar na cozinha. Não conseguiu fechar a janela, e quando o marido estava prestes a pular, desistiu após ela comunicar que estava ligando para a polícia.

Essa agressão foi o estopim para que Hickmann decidisse entrar com o pedido de divórcio fundamentado na Lei Maria da Penha, requerendo também a medida protetiva contra Correa. Entretanto, quando há filhos nascidos da união, muitas vezes a separação não é tão simples. Neste caso específico, durante o trâmite processual também foi incluído um pedido de regulamentação de guarda para evitar mais desgaste em função da medida protetiva.

Todo esse processo foi mostrado publicamente por meio dos canais midiáticos e trouxe à luz questões que muitas vezes são escondidas para manter as aparências, como a violência doméstica e a manipulação financeira. Ana, além da suposta agressão física, foi vítima de violência patrimonial por parte de Alexandre.

Como abordado previamente, apesar de Ana ser uma apresentadora bem sucedida e com alto poder aquisitivo, o fato de os bens conquistados por ela terem sido sempre administrados exclusivamente pelo marido, demonstra uma hierarquia com base no gênero. As reportagens indicam que houve má administração, uso indevido e prática de fraudes.

Esse caso evidencia como o machismo ainda está enraizado na sociedade, colocando mulheres em posição de submissão mesmo quando têm sucesso econômico. A atitude de Alexandre, ao prejudicar financeiramente Ana e depois agredi-la, mostra a confiança na impunidade presente nos indivíduos privilegiados pelo seu gênero.

Com essa informação nova nos autos do processo, ficou evidente que a atuação de Alexandre visava prejudicar sua então mulher, pois a agressão foi derivada de uma somatória de comportamentos predatórios. O assédio financeiro cometido contra a esposa durante o relacionamento culminou em uma atitude caracterizada como violência física contra a mulher e ocorreu na frente do filho do casal.

Durante o processo, a medida protetiva foi concedida para que Alexandre se mantivesse afastado de Ana, porém há uma questão em pauta que é o filho do casal. O distanciamento tem uma disfuncionalidade nos casos em que prioriza a presença paterna na vida da criança que reside com a mãe. Assim, essa tática se torna mais um mecanismo de controle do homem para se fazer presente na vida da vítima.

O empresário procurou reverter a medida protetiva concedida à apresentadora com base em uma suposta Alienação Parental. Entretanto, considerando que são pessoas com alto poder aquisitivo, foi possível manter visitas regulares com auxílio de uma terceira pessoa e sem a retirada da medida protetiva por completo.

A situação é atípica pois em geral não é fácil ter acesso a uma terceira pessoa disponível para acompanhar uma visita regulamentada. Muitas vezes a medida protetiva é retirada ou violada para que se cumpra o direito à convivência da criança com o pai, apesar da existência de uma vítima, que é a mãe.

A acusação de alienação parental veio em conjunto com um pedido de prisão de Ana e com base na qual houve um descumprimento dos dias acordados para as férias do menino com o pai. A alegação por parte dos advogados de Ana é que houve apenas um ajuste nas

datas, não configurando o impedimento da visita.

Apesar da discordância, o tópico de discussão era a suposta alienação parental em virtude da dificuldade de ajuste sobre os dias em que Alexandre ficaria com o filho no período das férias escolares. O próprio empresário divulgou através de suas redes sociais o contato por meio de vídeo chamadas com o filho. Dessa forma, nem mesmo o cerceamento de contato existiu.

Alexandre já havia sido alvo de várias denúncias feitas por Ana, dentre elas a lesão corporal, a violência doméstica e a alienação patrimonial. No entanto, com a alegação de alienação parental por parte do empresário, algumas dessas denúncias foram colocadas em dúvida ao questionarem a credibilidade da apresentadora.

A AP não deve ser usada como defesa no momento em que há acusação de prática de violências e outros crimes, como ocorreu nesse processo e no caso de Woody Allen. A resposta sobre a imputação de crimes praticados por ex-maridos ou companheiros deve ser através de contestação específica e não por intermédio da descredibilização da parte oposta.

Posto isso, é palpável a expressão dessa violência contra Ana ao retirarem toda a vivência dela como vítima. O mecanismo de descredibilização das mulheres é utilizado de forma cada vez mais frequente pela defesa dos ex-maridos/companheiros abusadores, e continua alcançando êxito.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias de Richard Gardner sobre a Síndrome da Alienação Parental apresentam uma perspectiva complexa e polêmica. Gardner busca identificar comportamentos que prejudicam a relação entre crianças e pais, mas suas definições geram questões éticas e de gênero. A distinção entre Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental é um ponto de debate na Psicologia e no Direito.

A abordagem de Gardner tem uma tendência misógina, retratando negativamente as mulheres e reforçando estereótipos prejudiciais. Isso desacredita as experiências maternas e ignora a complexidade das relações familiares. Atribuir a responsabilidade às mães não considera os contextos de abuso e negligência.

Casos como o de Woody Allen e Mia Farrow mostram as interações entre poder, gênero e justiça. A teoria da alienação parental, usada como defesa em casos de abuso, distorce a narrativa da vítima e deslegitima denúncias, exacerbando o estigma contra mulheres que denunciam abusos.

O caso de Ana Hickmann ilustra como a violência doméstica e a manipulação financeira podem controlar mulheres, mesmo as bem-sucedidas. A alegação de alienação parental por parte de Alexandre Correa questionou a integridade de Ana e destacou a vulnerabilidade das mães em litígios familiares.

Esses exemplos mostram a necessidade de um debate profundo sobre alienação parental no sistema judicial. A proteção de mulheres e crianças em situações de abuso deve ser priorizada, garantindo que denúncias sejam investigadas rigorosamente, sem serem deslegitimadas por teorias sem respaldo científico. A luta contra a violência de gênero deve considerar as dinâmicas de poder que perpetuam o silêncio e a impunidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maria Zina Gonçalves de. Luta das Mulheres pelo Direito de Voto. Movimentos sufragistas na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. *Arquipélago - Revista da Universidade dos Açores*, Ponta Delgada - Portugal, 2ª série, 2002, p. 460.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos*

mentais. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Recurso eletrônico. Trad. Maria Inês Corrêa Nascimento *et al.* Revisão Técnica: Aristides Volpato Cordioli *et al.*

ASSOCIAÇÃO ESPANHOLA DE NEUROPSIQUIATRIA-PROFISSIONAIS DE SAÚDE MENTAL. *Declaración contra el uso clínico y legal del llamado síndrome de alienación parental.* (2010). Disponível em: https://apmj.pt/files/154/Alienacao-Parental/413/Declaracion-en-contra-del-uso-clinico-y-legal-del-llamado-Sindrome-de-Alienacion-Parental---Asociacion-Espanola-de-Neuropsiquiatria.pdf.

BBC. *Ana Hickmann*: como identificar violência patrimonial sofrida por Ana Hickmann e Larissa Manoela. São Paulo: UOL, 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/12/como-identificar-violencia-patrimonial-sofrida-por-ana-hickmann-e-larissa-manoela.shtml. Acesso em: 17 maio 2024.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. São Paulo: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sôbre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 17 maio 2024.

CHAUÍ, Marilena. *Participando do Debate sobre Mulher e Violência*. In: Franchetto, Bruna; Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (org.). Perspectivas Antropológicas da Mulher 4, São Paulo, Zahar Editores, 1985, p. 47.

CHAUÍ, Marilena. *Sexo e Gênero*. In: NOVAES, Adauto (org.). Sexualidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1985, p. 36.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Alexandre Correa entra com pedido de prisão para Ana Hickmann por alienação parental*. São Paulo: UOL, 2024. Disponível em: https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2024/01/alexandre-correa-entra-com-pedido-de-prisao-para-ana-hickmann-por-alienacao-parental.shtml. Acesso em: 26 jun. 2024.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Como identificar violência patrimonial sofrida por Ana Hickmann e Larissa Manoela*. São Paulo: UOL, 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/12/como-identificar-violencia-patrimonial-sofrida-por-ana-hickmann-e-larissa-manoela.shtml. Acesso em: 17 maio 2024.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de alienação parental*. Pediatria, São Paulo, n. 28(3), p. 162–168, 2006, p. 166.

G1. Ana Hickmann diz ter sido agredida pelo marido com cabeçadas e teve braço pressionado por porta. São Paulo: Globo, 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2023/11/12/boletim-de-ocorrencia-ana-hickmann-diz-ter-sido-agredida-pelo-marido-com-cabecadas-e-teve-braco-pressionado-por-porta.ghtml. Acesso em: 17 maio 2024.

G1. *Ana Hickmann posta foto com o filho e manda recado para ex*: 'Te amo para sempre'. São Paulo: Globo, 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2023/12/13/ana-hickman-post.ghtml. Acesso em: 17 maio 2024.

GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?*. In: Síndrome da Alienação Parental. Arquivos. 2002. Disponível em: https://

pt.scribd.com/document/144674311/2011-03-72-O-DSM-IV-Tem-Equivalente-p-o-Diagnostico-de-SAP-20p. Acesso em: 17 maio 2024.

GARDNER, Richard. *Introduction*. In: GARDNER, Richard A.; LORANDOS, Demosthenes; SAUBER, S. Richard (org.) The International Handbook of Parental Alienation Syndrome. Springfield: Charles C. Thomas Publisher Ltd., 2006, p. 6.

GARDNER, Richard. *The Parental Alienation Syndrome*. 2. ed. Cresskill, NJ : Creative Therapeutics Inc., 1998, p. XXVIII.

GARDNER, Richard. *The Parental Alienation Syndrome and the Differentiation Between Fabricated and Genuine Child Sex Abuse*. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, Inc. 1987

GARDNER, Richard. *True and False Accusations of Child Sex Abuse*. Creative Therapeutics, 1992, p. 1-39 e 577.

GOLDRAJCH, Danielle; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. *A alienação parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar*. In: Revista de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 37, ago/set., 2006, p. 15.

IBGE. *Estatísticas de gênero*: ocupação das mulheres é menor em lares com crianças de até três anos. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30172-estatisticas-de-genero-ocupacao-das-mulheres-e-menor-em-lares-com-criancas-de-ate-tres-anos. Acesso em: 17 maio 2024.

IBGE. *Mulheres dedicam mais horas aos afazeres domésticos e cuidado de pessoas, mesmo em situações ocupacionais iguais a dos homens*. 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24266-mulheres-dedicam-mais-horas-aos-afazeres-domesticos-e-cuidado-de-pessoas-mesmo-em-situacoes-ocupacionais-iguais-a-dos-homens. Acesso em: 17 maio 2024.

MIGALHAS. *Caso Ana Hickmann*: houve alienação parental?. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/399978/caso-ana-hickmann-houve-alienacao-parental. Acesso em: 17 maio 2024.

OLIVEIRA, Ricardo P., & WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. (2021). *Estudos Documentais sobre Alienação Parental*: Uma Revisão Sistemática. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1982-3703003222482. Acesso em: 17 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics*. Disponível em: https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/en. Acesso em: 17 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Parental alienation*. In: Frequently asked questions. 2024. Disponível em: https://www.who.int/standards/classifications/frequently-asked-questions/parental-alienation. Acesso em: 17 maio 2024.

QUEM. *Alexandre Correa tem procuração que o autoriza assinar qualquer acordo em nome de Ana Hickmann*. Rio de Janeiro: Globo, 2023. Disponível em: https://revistaquem.globo.com/noticias/noticia/2023/11/alexandre-correa-tem-procuracao-que-o-autoriza-assinar-qualquer-acordo-em-nome-de-ana-hickmann.ghtml. Acesso em: 17 maio 2024.

SAFFIOTI, Heleieth. *A Mulher na Sociedade de Classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 1987.

THE NEW YORK TIMES. *Richard Gardner, 72, Dies; Cast Doubt on Abuse Claims*. Disponível em: https://www.nytimes.com/2003/06/09/nyregion/richard-gardner-72-dies-cast-doubt-on-abuse-claims.html. Acesso em: 17 maio 2024.

WELZER-LANG, Daniel. *As Homens Entre Si*: Ensaios Sobre a Homossexualidade. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1991.

BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS: A RESPONSABILIDADE DO PAÍS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS CASOS XIMENES LOPES E NOGUEIRA DE CARVALHO

BRAZIL AND THE HUMANS RIGHTS: THE RESPONSIBILITY OF THE COUNTRY BEFORE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN CASES XIMENES LOPES AND NOGUEIRA DE CARVALHO

Hebert Vinicius Santo Rego[*]
Victor Lima[**]
Wadson Mozanael da Silva[***]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar e analisar os casos Damião Ximenes Lopes vs Brasil e Nogueira de Carvalho vs Brasil, ambos submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em períodos próximos. Damião Ximenes Lopes foi vítima de violência fatal em uma clínica psiquiátrica onde buscava tratamento na cidade de Sobral, Ceará; Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, advogado ativista de direitos humanos, foi brutalmente assassinado por pistoleiros em Macaíba, Rio Grande do Norte. Ambos os casos contam com aspectos homogêneos, porém, as decisões finais foram distintas. Buscamos avaliar as similaridades e diferenças entre os dois casos, investigando os fundamentos jurídicos e contextuais que levaram a resultados divergentes. A análise visa compreender os fatores determinantes para a divergência nas sentenças, incluindo as circunstâncias específicas de cada caso e a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por fim, analisaremos as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pontuando a execução da mesma pelo País, bem como, os benefícios resultantes para a proteção dos direitos humanos em âmbito nacional.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasil.

Abstract: This article aims to present and analyze the cases of Damião Ximenes Lopes vs. Brazil and Nogueira de Carvalho vs. Brazil, both submitted to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in similar periods. Damião Ximenes Lopes was a victim of fatal violence in a psychiatric clinic where he sought treatment in the city of Sobral, Ceará; Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, a human rights activist lawyer, was brutally murdered by gunmen in Macaíba, Rio Grande do Norte. Both cases share common aspects, yet the final rulings were different. This work seeks to evaluate the similarities and differences between the two cases, investigating the legal and contextual foundations that led to divergent results. The analysis aims to understand the determining factors for the divergence in sentences, including the specific specifications of each case and the application of International Human Rights Law. Finally, we will analyze the rulings issued by the Inter-American Court of Human Rights, highlighting their implementation by the country, as well as the resulting benefits for the protection of human rights at the national level.

Keywords: Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Com o término da Segunda Guerra Mundial, tornou-se imprescindível uma mudança de postura internacional no que versa ao âmbito da proteção de direitos aos homens. Após as atrocidades cometidas por humanos contra humanos, inicia-se uma discussão sobre a internacionalização dos direitos humanos, ou seja, os direitos humanos foram considerados inerentes a cada indivíduo.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) marcou o início do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este novo campo jurídico se consolidou através da adoção

* Graduando do 3º período no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/8502181431193093. E-mail: vinicius.santos.075@ufrn.edu.br.

** Graduando do 3º período no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/6967025001972161. E-mail: victor.lima.422@ufrn.edu.br.

*** Graduando do 3º período no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/9591204426096795. Email: wadson.silva.124@ufrn.edu.br.

de importantes tratados de proteção dos direitos humanos, tanto em âmbito global, sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), quanto em âmbito regional, através dos sistemas europeu, interamericano e africano. Esses sistemas, fundamentados nos valores e princípios da Declaração Universal, formam um conjunto de instrumentos dedicados à proteção dos direitos humanos em nível internacional. Esses sistemas não operam isoladamente; eles se complementam e se integram ao sistema nacional de proteção, com o propósito de garantir a maior eficácia possível na defesa e promoção dos direitos humanos.

Ressalta-se que, apesar de todo o desenvolvimento desses sistemas que operam em nível global, o Brasil só veio a reconhecer a competência da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1998, apesar de ter aderido em 1992. Antes de tal reconhecimento, a Corte equivalia a uma lei ordinária no que compete à hierarquia e eficácia quando incluída na sistemática jurídica, de acordo com a perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF). Apenas em 2004 que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados [...] serão equivalentes às emendas constitucionais" (Brasil, 2004).

No período desse trâmite legislativo ocorreu a morte de Damião Ximenes Lopes, portador de transtorno mental e epilepsia, por maus tratos, nas dependências da Casa de Repouso Guararapes, instituição credenciada pelo Estado para prestar atendimento psiquiátrico, em Sobral, Ceará (Smolarek, 2018). A falta de atividade do Estado na investigação do caso e dos responsáveis por tamanha tragédia, induziram a família da vítima a reportar o acontecimento por violação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao Sistema Interamericano. O caso foi aceito perante a Comissão, investigado e submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil foi, então, condenado e culpado internacionalmente pela violação, tendo sido a primeira condenação do país em uma Corte internacional.

Além do caso supracitado, esse período também foi marcado pelo assassinato do advogado, Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, defensor dos Direitos Humanos, em Macaíba, cidade do Rio Grande do Norte (RN), na zona metropolitana de Natal. Após muitas discussões, com o arquivamento e posterior desarquivamento do inquérito policial relativo ao homicídio de Gilson, um policial aposentado foi denunciado pelo Ministério Público (MP), sendo, em 2002, absolvido pelo Tribunal do Júri. O caso foi levado à Corte, mas o assassinato da vítima se constituía em um fato anterior ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado Brasileiro, por conta disso o Tribunal apenas se pronunciou acerca da falta de devida diligência no processo de investigação dos fatos e a falta de punição dos responsáveis, tendo em vista que estes fatos foram posteriores ao reconhecimento estatal da Corte. A decisão final da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi pelo arquivamento dos autos por insuficiência de provas que demonstram a violação dos Direitos Humanos da vítima por parte do Estado (Maciel, 2023).

Desta forma, tendo em vista que no ano de 2024 completam-se 18 anos do julgamento de ambos os crimes, o presente artigo é imbuído no fulcro de atentar a seguinte problemática: apresentar a responsabilidade do Brasil em dois casos distintos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos, e avaliar a culpabilidade do mesmo nos casos Damião Ximenes Lopes vs Brasil e Nogueira de Carvalho vs Brasil.

2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tribunal regional voltado para a América, atuando de forma autônoma para aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), tratado internacional que tem como foco a garantia de direitos e liberdades. Ou seja, a corte em questão tem em sua missão a aplicabilidade do direito nos países que estão submetidos a essa entidade (Ramos, 2022).

Fundada em 1979, tem vinte países americanos que reconhecem a competência da Corte, incluindo o Brasil. Sua sede encontra-se na Costa Rica, país que celebrou a Convenção Americana, e é composta por sete juízes cuja nacionalidades são dos Estados membros da CIDH e já proferiu mais de 510 sentenças e 730 medidas provisórias em pelo menos 15 países até o momento.

Embora seja autônoma, a Corte possui um vínculo especial com a Organização dos Estados Americanos (OEA), essa apoiando a autoridade de julgamento daquela. A CIDH possui dois tipos de jurisdição, sendo a contenciosa e a consultiva. Cabe destacar que a primeira é de competência de cada Estado decidir se reconhece ou não a competência do tribunal, uma vez que o posicionamento da Corte é inquestionável, pois suas sentenças são determinadas como inapeláveis pelo próprio tribunal, e por conta disso, de cumprimento obrigatório pelos Estados (CADH, art. 67 c/c art. 68, 1).

O Brasil incorporou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992 por meio do Decreto nº 678 assinado pelo então vice-presidente Itamar Franco, no exercício de presidente, mas somente em 1998 que foi reconhecida a jurisdição contenciosa obrigatória da CIDH, no Decreto Legislativo nº 89. Por conseguinte, a validação da Corte se deu no final do mesmo ano, com uma cláusula temporal determinando que somente os casos que ocorressem após a validação poderiam ser julgados pelo tribunal.

Ao analisar os casos de violação dos direitos humanos no Brasil que foram submetidos à Comissão Interamericana (Piovesan, 2006), observa-se que todos demandam um controle internacional, requisitando uma intervenção externa devido ao não cumprimento das obrigações assumidas no âmbito internacional. A mesma autora destaca que: "De acordo com o direito internacional, a responsabilidade pelas violações de direitos humanos é sempre da União, que dispõe de personalidade jurídica na ordem internacional" (Piovesan, 2006, p. 279). Dessa forma, o Estado brasileiro não pode invocar os princípios federativo e da separação dos poderes para eximir a União de sua responsabilidade quanto ao descumprimento das obrigações assumidas internacionalmente.

Assim, nos casos a seguir apresentados (Gilson Nogueira de Carvalho vs. Brasil e Ximenes Lopes vs. Brasil), foi o Estado brasileiro que foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois, conforme destaca Piovesan (2006), é a União que detém a responsabilidade internacional no caso de violação de obrigações internacionais relativas aos direitos humanos, as quais se comprometeu a cumprir.

3. ANÁLISE DE CASOS

Inicialmente, cabe destacar que o Brasil já foi julgado em cerca de 20 casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e dentre eles, já foram proferidas mais de 20 sentenças e 51 medidas provisórias. Com base nisto, faz-se mister destacar o caso Ximenes Lopes vs Brasil, tendo em vista que a decisão tomada pela Corte em 2006 abriu um precedente extremamente importante para a responsabilidade do país em relação à proteção dos Direitos Humanos. Contraposto a isso, para fins didáticos, abordaremos o caso Nogueira de Carvalho vs Brasil, julgado no mesmo período, em que o País não foi declarado culpado pela CtIDH (Abreu, 2023).

3.1 CASO DAMIÃO XIMENES

Em outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes foi internado na Clínica de Repouso Guararapes, localizada no município de Sobral, interior do Ceará, pela família, que alegava "estar com problema nos nervos", não dormia e não tinha disposição para se alimentar (Oliveira, 2021).

Essa clínica, por mais que seja de natureza privada, era vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS), e o mesmo paciente já esteve internado nos anos de 1995 e 1998. Em uma dessas ocasiões, Damião foi encontrado com ferimentos e cortes nos tornozelos e joelhos, e afirmava que eram

causados por agressões que sofria, mas a família deu ouvidos a um funcionário que alegava que as lesões eram originadas por uma tentativa de fuga.

Na última internação, o paciente encontrava-se com plena integridade física (Branco, 2023). No entanto, dois dias depois de confiá-lo à instituição, isto é, no dia 4 de outubro de 1999, em uma visita, a mãe da vítima encontrou o filho com sangramento, amarrado com as mãos para trás, sujo, com a roupa rasgada, com forte odor de excremento, dificuldade de respirar, agonizando, e pedindo ajuda para a polícia (Damasceno, 2024).

O médico Francisco Ivo de Vasconcelos, responsável pela casa de repouso, ministrou na vítima alguns medicamentos, mas deixou o local sem designar nenhum outro funcionário à disposição. Damião veio a óbito no mesmo dia, e seu corpo foi movido para Fortaleza/CE para fazer a autópsia, mas quem estava responsável pela análise era o mesmo senhor Francisco Ivo, que registrou a causa mortis como "causa indeterminada", embora o corpo tenha manchas roxas, sinais de unhas e perfurações nas mãos e o nariz lesionado.

A família da vítima prestou queixa na delegacia de Sobral no dia em que Damião faleceu, mas devido o desinteresse da polícia local, procuraram fazer denúncia na Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará, na Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social, também de Sobral.

O Ministério Público solicitou que fosse instaurada uma investigação policial somente em novembro do mesmo ano, e com isso, Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da vítima, iniciou o processo junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que solicitou ao Brasil informações sobre o caso, mas a omissão do mesmo fez com que houvesse a admissão da petição em 2002.

A CIDH ofereceu a possibilidade de uma resolução amistosa entre as partes, mas novamente não teve retorno do país em questão. Com isso, a Comissão emitiu relatório de mérito, responsabilizando o Brasil pela violação da Convenção Americana, no que tange aos direitos à vida, à integridade pessoal e à proteção e garantias judiciais. Recomendou ainda que o Estado deveria investigar de forma completa e efetiva os fatos relacionados à morte de Damião, e que reparasse adequadamente a família deste.

O país verde-amarelo solicitou em 2004 duas prorrogações de prazo, com um relatório parcial da implementação das recomendações. A CIDH avaliou que as medidas até então tomadas não estavam sendo satisfatórias, e levou o caso para a CIDH, pois além de fazer justiça para a vítima, era importante devido à oportunidade que era oferecida "ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos de desenvolver sua jurisprudência em relação aos direitos e a situação especial das pessoas com deficiência mental, os tratamentos crueis, desumanos ou degradantes a que são expostos, as obrigações do Estado em relação aos centros de saúde que atuam em seu nome e representação e as garantias judiciais relacionadas aos pacientes internados nelas, bem como a necessidade de efetuar investigações efetivas neste tipo de casos" (Oliveira, 2021).

A Comissão alegou que o Estado brasileiro não julgou adequadamente o caso, não promoveu a proteção e preservação da vida de Damião, nem cumpriu com a obrigação de fiscalizar a Casa de Repouso Guararapes, e ressaltou que Damião recebeu um tratamento desumano e cruel. Os declarantes selecionados pela comissão argumentaram ainda que houve um descumprimento ao direito à integridade pessoal, pois o que restou para a família da vítima foi a violação da integridade moral e psíquica, devido aos fatos ocorridos e do desamparo estatal na apuração das transgressões ocorridas. Por fim, houve ainda a análise de que a omissão das autoridades para elucidar os fatos representou uma quebra às garantias judiciais e à proteção judicial (CIDH, p. 48–59).

O Estado defendeu que antes do óbito da vítima, havia a reformulação do sistema de saúde no tocante da saúde mental, sobretudo com a criação dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), que têm como intuito um atendimento mais civilizado, e o encerramento das atividades da Casa de Repouso Guararapes após os acontecimentos representou um marco para a transição

de uma formatação de apoio "enfocado na atenção médico-hospitalar e de manicômios, para uma abordagem descentralizada, regionalizada, com novos equipamentos e que propunha a reabilitação e reintegração social das pessoas com doenças mentais" (CIDH, 2006, p. 9).

Apesar disso, reconheceu que houve uma violação aos artigos 4 e 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tratam sobre o direito à vida e à integridade pessoal, respectivamente, "em demonstração de seu compromisso com a proteção dos direitos humanos". (CIDH, 2006, p. 9).

Posteriormente, a Corte condenou o Brasil em 2006, declarando por unanimidade a infração do país nos artigos supracitados indicados pela CIDH, uma vez que houve omissão estatal em investigar a veracidade dos fatos, e pelas falhas nas ações que de fato ocorreram. Dessa forma, ocorreu a primeira condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Aquino e Francischetto, 2018).

3.2 CASO NOGUEIRA DE CARVALHO VS BRASIL

Em 20 de outubro de 1996, na cidade de Macaíba, Rio Grande do Norte, Francisco Gilson Nogueira de Carvalho foi cruelmente assassinado em decorrência de um ataque armado próximo a sua chácara, a vítima era um advogado especializado em direitos humanos, com um certo destaque na região. Gilson investigava um grupo de extermínio denominado "meninos de ouro", que acreditava-se conter entre seus membros agentes de polícia e funcionários estatais.

O caso foi enviado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos após o arquivamento do inquérito policial em 1997. Posteriormente, o caso foi encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a justificativa de que o Brasil estaria violando os artigos oito e 25 da Convenção Americana que versam sobre, respectivamente, às garantias judiciais e proteção judicial no Processo (Okiyama, 2016).

Os representantes de Gilson Nogueira argumentaram que a Corte é competente para determinar violações ao artigo 4 da Convenção, pois as autoridades estatais falharam em conduzir uma investigação séria e efetiva no caso da morte do advogado. A parte declarou que o Ministério Público apresentou uma denúncia apenas contra o ex-policial Otávio Ernesto Moreira, ignorando as provas existentes que atestam que o homicídio foi realizado por três executores materiais. Após a detenção de Otávio Ernesto Moreira e a identificação da arma pela perícia balística, o Estado deixou de realizar as diligências necessárias para identificar os demais participantes do homicídio. A parte exemplifica essa questão ao relatar que a Polícia Federal não interrogou os integrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte a quem Otávio Ernesto Moreira emprestava sua arma, nem os policiais que supostamente participavam do grupo de extermínio. Acrescentam que nem o MP, nem o juiz, solicitaram tais diligências (CIDH, 2006).

Além disso, a parte enfatizou as seguintes ações do Ministério Público e demais autoridades judiciais: não solicitaram a incorporação do expediente sobre a morte de Antônio Lopes aos autos do processo penal contra Otávio Moreira, para que se fizesse a devida conexão entre as duas mortes; não conduziram de forma diligente as investigações sobre a morte de Antônio Lopes; não requereram que a testemunha Angélica da Silva Campelino prestasse depoimento perante o Tribunal do Júri; e concordaram com o conteúdo do quesito aplicado ao júri no sentido de que o acusado havia disparado e causado as lesões descritas na autópsia, mesmo sabendo que Otávio Moreira não havia sido o autor material do homicídio. Além disso, houve uma demora injustificada no processo penal, porque mesmo depois de nove anos após o homicídio, o processo ainda não foi concluído e ninguém foi responsabilizado (CIDH, 2006).

Contraposto a isto, o Estado argumentou que a Corte não tem competência temporal para se pronunciar sobre a suposta violação do direito à vida, pois o homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho ocorreu dois anos antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte, e os efeitos desse reconhecimento não são retroativos. Em relação aos direitos às garantias e à pro-

teção judiciais, o Estado afirmou que realizou uma investigação séria e conforme com as regras do devido processo legal. A investigação policial e o processo penal transcorreram dentro de um prazo admissível, sendo o inquérito policial supervisionado por vários órgãos públicos e conduzido pela Polícia Federal, devido à possibilidade de envolvimento de membros da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte na morte de Gilson (CIDH, 2006).

Alegou também que o pedido para que Angélica da Silva Campelino fosse ouvida pelo Tribunal do Júri foi considerado extemporâneo. O presidente do Tribunal permitiu a inclusão da nota técnica sobre a balística da arma apenas como opinião da defesa, e não como parecer oficial. Argumentou que investigar se a espingarda de Otávio havia sido utilizada em outros delitos dos "meninos de ouro" extrapolava os limites da investigação do homicídio. A cópia do inquérito policial sobre a morte de Antônio Lopes não foi incorporada aos autos da ação penal contra Otávio Ernesto Moreira, pois o inquérito não apresentava resultados conclusivos ou novos indícios sobre a morte do advogado (CIDH, 2006).

O Estado afirmou que o homicídio de Gilson de Carvalho é de grande complexidade, com muitos suspeitos e versões contraditórias sobre sua autoria. Sendo estas as razões pelas quais o processo judicial não resultou em uma condenação, e não a "lentidão ou omissão" alegadas pelos representantes da vítima. Salientou que a ausência de uma condenação não implica violação às regras do devido processo legal, e ainda existe a possibilidade de que novos fatos surjam e o inquérito seja reaberto (CIDH, 2006).

Em decisão unânime, a CIDH decidiu que, em virtude do limitado suporte fático de que dispõe a Corte, não se pôde comprovar que o Estado tenha violado nesse caso os direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Sob esta ótica, é fundamental destacar que, o caso trouxe grande evidência para a falta de proteção àqueles que trabalham pelos Direitos Humanos em terras tupiniquins. Apesar da sentença proferir a "inocência" do Estado perante a CIDH, vale destacar que o Brasil ainda carece de órgãos ou instituições que tragam segurança para os Defensores brasileiros. Um claro exemplo disso é que a criação de um Programa para proteção aos Defensores foi articulado desde 2004, porém, até hoje não possui um marco regulatório e ainda não foi implantado em todos os estados da federação (Okiyama, 2016). Além disso, há reclamações sobre as verbas insuficientes destinadas para a execução das medidas protetivas.

4. DAS SIMILARIDADES E DISTINÇÕES

Em primeira análise, torna-se fundamental destacar que ambos os crimes ocorreram ao final da década de 1990, e tinham como alegação principal a inoperância estatal na prevenção das infrações, bem como rogavam por uma mudança estrutural do País para que fosse possível prevenir futuras violações. Além disso, é fulcral pontuar que os possíveis "assassinos" de ambos os casos foram funcionários do Estado; no caso Nogueira de Carvalho vs Brasil há o entendimento de que a violação foi realizada por forças policiais; já no caso Ximenes Lopes vs Brasil a culpa está atrelada a funcionários de uma clínica psiquiátrica da cidade de Sobral/CE, conveniada ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Cabe ressaltar também que nos dois casos, foram emitidas as sentenças pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2006, o que destaca que houve jurisprudências e casos similares presentes praticamente nos dois casos, sem que haja um intervalo de tempo maior para a análise de outros casos, que poderiam influenciar nas decisões da Corte.

Na argumentação do Estado durante o julgamento do caso Ximenes Lopes, não houve uma atenção de qualquer parte sobre as condições que permitem a jurisprudência consultiva, no tocante à cláusula temporal determinada na adesão do Brasil à Corte, resultando na sentença proferida em julho de 2006. No entanto, esse detalhe já foi observado como pertinente no caso Nogueira de Carvalho, sendo um dos fatores para o arquivamento do caso. Outro fator que levou a esse resultado foram as provas insuficientes da culpabilidade estatal no caso, uma vez que

não cabe ao órgão a substituição da jurisdição local, e por isso focou exclusivamente no que tange aos direitos da proteção judicial e das garantias judiciais, e como teve instauração de inquérito policial junto com os devidos trâmites legais, a Corte avaliou as provas emitidas pela CIDH como insuficientes para demonstração da ingerência do País (Queiroz, 2022).

O caso de Damião reverberou sobre o Brasil de modo que houveram impactos significativos, por exemplo com a aprovação da Lei nº 10.216/2001 intitulada Lei Antimanicomial, que estava em tramitação a mais de uma década, e o envolvimento de uma instituição internacional que tratava sobre um caso ocorrido em uma casa de repouso contribuiu para a instrumentalização da legislação (Cerqueira Correia e Almeida, 2018). Esta lei foi um grande passo na luta pelo tratamento psiquiátrico de qualidade no momento em que garante, sob a forma escrita, os direitos do paciente com transtornos mentais. A Lei permitiu a criação da Política de Saúde Mental, que promove a redução controlada dos leitos psiquiátricos e incentivando o retorno às residências e a reintegração do paciente psiquiátrico na sociedade.

Esta política revolucionou o tratamento dos pacientes em território nacional ao criar uma rede de dispositivos competentes para o suporte básico necessário, além de direcionar os enfermos para uma rede de suporte maior, caso a seriedade do fato assim exija. Ademais, através dessa Lei instituiu-se as condições necessárias para a internação – que antes ocorria de maneira indiscriminada –, sendo elas: de maneira voluntária; involuntária em casos gravosos e de maneira compulsória no caso dos internamentos judiciais. Entretanto, o internamento é visto como algo extremo, recomendado somente em casos em que os familiares não possuam a capacidade de monitoramento ou em casos nos quais os pacientes necessitam de uma atenção hospitalar.

A Lei n° 10.708/2003 instituiu, em 2003, o direito à reinserção social e acesso a serviços de reabilitação de pessoas portadoras de transtornos mentais que estavam a longos períodos internados em hospitais psiquiátricos. Através deste regulamento intitulado "Programa de Volta para Casa", milhares de pessoas tiveram suas vidas transformadas, recebendo, além do suporte necessário para a ressocialização social, uma quantia mensal em dinheiro como forma de manutenção e indenização dos danos causados pelo Estado. A Lei Antimanicomial supramencionada, estipulava um retorno gradual dos pacientes a seus respectivos lares, o Programa de Volta para Casa surge em consonância a esta lei, contribuindo significativamente para a desinstitucionalização e a humanização do cuidado em saúde mental.

No ano 2000, depois do descredenciamento da Casa de Repouso Guararapes, o município de Sobral deu início a implementação da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental (RAISM), que viria descentralizar o atendimento hospitalar aos pacientes psiquiátricos. Em Sobral, Ceará, foram adotadas as seguintes medidas elencadas pela Sentença da Corte: "foi assinado no ano 2000 um convênio entre o Programa Saúde na Família e a Equipe de Saúde Mental do Município de Sobral; e foram criados uma Unidade de Internação Psiquiátrica no Hospital Dr. Estevão da Ponte do Município de Sobral; []" (CIDH, 2006).

Já o caso de Carvalho poderia também ter sido de suma importância para o desenrolar na Justiça no Brasil, haja vista que a sentença do assassinato de um advogado que destaca-se por ser especializado exatamente sobre direitos humanos, poderia trazer ao país diversos programas que combatessem a violação sobre os direitos naturais, que sanassem a violência contra investigadores, advogados e jornalistas pelo simples exercício de suas atividades. Entretanto, apesar de não contar com a decisão formal da Corte Interamericana, o caso Nogueira de Carvalho nos adverte acerca da negligência e lentidão do Estado nas investigações, além da falta de diligência na condução da ação penal. A corte, embora tenha determinado o arquivamento, não se esquivou em fazer diversas considerações acerca da atuação das autoridades investigativas, do Ministério Público, do trâmite da ação penal e também em relação a omissões da autoridade judiciária (Maciel, 2023).

O homicídio de Gilson, até hoje sem resolução, traz o alerta para a interferência indevida nos processos judiciais e os problemas estruturais do Estado Brasileiro, nesse caso, destacada a corrupção sistêmica e conivência estatal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do presente artigo, buscou-se apresentar e avaliar os casos Ximenes Lopes vs Brasil e Nogueira de Carvalho vs Brasil, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2006, tendo como objetivo expor similaridades e distinções ocorridas entre os respectivos casos.

Para tanto, buscou-se fazer uma análise meticulosa sobre a CIDH e como ela aplica o estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Além disso, apresentamos a maneira que o País lidou com essa internacionalização dos direitos humanos, reconhecendo a competência da corte apenas em 1998 (mil novecentos e noventa e oito).

Assim, pudemos averiguar que a adesão tardia do Brasil ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos gerou atrasos no desenvolvimento de programas fundamentais à proteção dos Direitos Humanos no País. Para fins didáticos citamos o assassinato do advogado Gilson Nogueira de Carvalho em 1996 (mil novecentos e noventa e seis) e o crime contra Damião Ximenes Lopes em 1999 (mil novecentos e noventa e nove): o primeiro caso, por ter sido realizado antes do reconhecimento da Corte pelo Estado brasileiro resultou na inculpabilidade do País; o segundo, por ter sido realizado posteriori a este reconhecimento, trouxe inúmeros benefícios no aprimoramento das políticas públicas voltadas a saúde mental.

Percebe-se, portanto, que o reconhecimento da CIDH e a devida condenação do País contra crimes cometidos aos direitos fundamentais, não só obriga o Estado a dar mais atenção para os indivíduos lesados, mas garantem o reconhecimento que estas pessoas são sujeitos de direito, logo, merecem a devida proteção pelo Estado brasileiro. Contraposto a isso, notadamente, a busca do País em esquivar-se de culpa em casos como o de Gilson Nogueira de Carvalho, retroage o processo de valorização humana e impede que o Estado alcance um verdadeiro Estado de Direito, onde os Direitos Fundamentais dos cidadãos são respeitados e preservados pela Pátria.

REFERÊNCIAS

ABREU, Daniel. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*: Conheça alguns casos em que o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2023. Disponível em: https://direito.idp.edu.br/idp-learning/direito-constitucional/direito-internacional-dos-direitos-humanos-casos. Acesso em: 4 jun. 2024.

AQUINO, Bruna Pereira; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Os efeitos advindos da condenação do Brasil no caso Damião Ximenes Lopes na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação aos direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Rio Grande do Sul, ano 6, n. 12, p. 67-84, Jul./Dez. 2018.

BRANCO, Gérica. *O caso Damião Ximenes Lopes e o direito humano à Saúde Mental*. 2023. Disponível em: https://desinstitute.org.br/noticias/o-caso-damiao-ximenes-lopes-e-o-direito-humano-a-saude-mental. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 45. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília-DF: Diário Oficial da União, 2004.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006.

BRASIL. Lei n° 10.708, de 31 de julho de 2003. Institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006.

CASO XIMENES LOPES VERSUS BRASIL. OLIVEIRA, Rafael, 2021. Disponível em: https://reubrasil.jor.br/caso-damiao-ximenes-lopes. Acesso em: 26 jun. 2024.

CERQUEIRA CORREIA, Ludmila; ALMEIDA, Olívia Maria de. A luta antimanicomial continua! Problematizações sobre o manicômio judiciário na perspectiva da Reforma Psiquiátrica brasileira. *InSURgência*: *revista de direitos e movimentos sociais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 319–347, 2018. DOI: 10.26512/insurgncia.v3i2.19727. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/19727. Acesso em: 27 jun. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, 2006. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil*. Sentença de 28 de novembro de 2006. Serie C No. 161.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

DAMASCENO, Paulo. *A história do cearense que ajudou a impulsionar a reforma antimanicomial no Brasil*. 2024. Disponível em: https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/opiniao/colunistas/pa-damasceno/a-historia-do-cearense-que-ajudou-a-impulsionar-a-reforma-antimanicomial-no-brasil-1.3513564. Acesso em: 22 maio 2024.

MACIEL, Hellen de Macêdo. *O impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil*: evolução e consolidação dos Direitos Humanos e análise crítica dos impactos decorrentes de casos submetidos à Corte Interamericana. Impactos, p. 85.

OKIYAMA PEREIRA, A. D.; PALERMO FERREIRA, G. C. A proteção aos defensores dos Direitos Humanos no Brasil. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016.

PIOVESAN, F. 2006. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

QUEIROZ, Guilherme Ribeiro Ferraz. *Jurisprudência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*: uma análise dos casos contenciosos contra o Brasil na Corte IDH. 2022: 88 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/533/edicao-1/corte-interamericana-de-direitos-humanos. Acesso em: 20 jun. 2024.

SMOLAREK, A. A. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a reforma psiquiátrica brasileira*: reflexões acerca do impacto causado pelo caso Damião Ximenes Lopes. 2018, 176f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2018.

O ENTENDIMENTO SOBRE A LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA NO TJPB: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DA PARAÍBA

UNDERSTANDING ABOUT THE LAW OF JUDICIAL RECOVERY AND BANKRUPTCY IN TJPB: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS IN STATE OF PARAIBA

*Lívia Oliveira Almeida**
*Pedro Lucas Formiga de Almeida***
*Orientador Giliard Cruz Targino****

Resumo: O dinamismo crescente da sociedade moderna a orienta de forma multifacetada, em face do leque de conformações possíveis apresentadas. O resultado desta conjuntura é a ampliação de incertezas, através do elemento risco, na observação das relações contemporâneas, sobretudo as jurídicas. Nesse sentido, o Direito se insere como elemento que busca neutralizar as contingências possíveis e os consequentes fatores de incertezas que delas derivam, a exemplo da atividade empresarial, cuja caracterização engloba, dentre outros aspectos, o risco. Dessa forma, a Lei nº 11.101/2005, influenciada pelos pressupostos da Análise Econômica do Direito (AED), regula a falência e a recuperação (extra)judicial do empresário e da sociedade empresária, buscando possibilitar a manutenção da atividade empresarial ou, pelo menos, evitar a ruína dessas instituições. Nesse contexto, importa analisar o entendimento e aplicação conferida à referida lei no judiciário brasileiro, a partir do seguinte questionamento: como se dá o entendimento da Lei nº 11.101/2005 nos acórdãos do Tribunal de Justiça da Paraíba? Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa empírica em torno dos acórdãos referentes à Lei nº 11.101/2005, e de análise bibliográfica, com abordagem quanti-qualitativa. Após a coleta de dados, foi possível concluir que o entendimento adotado à Lei nº 11.101/2005 pelo Tribunal de Justiça da Paraíba não tem permitido uma execução pautada nos pressupostos da AED, inviabilizando, portanto, alcançar o propósito para o qual a lei supracitada foi implementada, o qual, dentre outros aspectos, envolve a redução dos riscos na atividade empresária.

Palavras-chave: Lei nº 11.101/2005. Análise Econômica do Direito. Jurisprudência. Tribunal de Justiça da Paraíba. Risco.

Abstract: The growing dynamism of modern society guides her in a multifaceted way, in the face of the range of possible conformations presented. The result of this situation is the expansion of uncertainties, through the risk element, in observing contemporary relationships, especially the legal ones. In this sense, the Law is inserted as an element that seeks to neutralize the possible contingencies and the consequent uncertainty factors that derive from them, like business activity, whose characterizations encompasses, among others aspects, the risk. That way, the Law No. 11,101/2005, influenced by the assumptions of Economic analysis of Law (EAL) regulates bankruptcy and (extra) judicial recovery of the businessman and business society, seeking to enable the maintenance of business activity or, at least, to avoid the ruin of these institutions. In this context, it's important to analyze the understanding and application given to the said law in the Brazilian judiciary, from the following question: how is Law No. 11,101/2005 understood in the rulings of the Court of Justice of Paraiba? Therefore, empirical research was used around the rulings referring to Law No. 11,101/2005, and bibliographic analysis, with quantitative-qualitative approach. After data collection, was possible to conclude that the understanding adopted to Law No. 11,101/2005 by the Court of Justice of Paraiba has not allowed execution based on the assumptions of EAL, making it impossible, therefore, achieve the purpose for which the aforementioned law was implemented, which, among others aspects, involves reducing risks in business activity.

Keywords: Law No. 11,101/2005. Economic Analysis of Law. Jurisprudence. Court of Justice of Paraiba. Risk.

1. INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas, em virtude do contínuo dinamismo proveniente dos processos contingentes, comportam-se de forma complexa em face das variadas conformações possí-

* Graduanda pela Universidade Federal de Campina Grande. E-mail: liviaolivs12@gmail.com.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/7785669934036436. E-mail: pedro.formiga@estudante.ufcg.edu.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2015-7676.

*** **Orientador**: Giliard Cruz Targino, graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestre em Sistemas Agroindustriais pela UFCG e Professor da Unidade Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Campina Grande. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8253262566180244. E-mail: gilibnb@hotmail.com.

veis a serem exercidas. Dito de outra forma, a expansão de incertezas consagra o elemento risco como fator indispensável à observação das relações contemporâneas, sobretudo as jurídicas. Nesse sentido, o Direito se insere como elemento que busca neutralizar a gama de configurações possíveis e os consequentes fatores de risco que dela derivam.

Dentre os sistemas suscetíveis às crescentes incertezas, a atividade empresarial ocupa espaço de destaque neste contexto, tendo em vista a necessidade do risco para a caracterização de tal atividade, o qual se apresenta, dentre outros aspectos, pelas escolhas da gestão da sociedade empresária, pelo planejamento de riquezas e investimentos, além da aposta de bens e serviços a serem ofertados à população.

Frente à indispensável correspondência entre sociedade empresária e risco, assim como da relevância dada à atividade empresarial para o desenvolvimento econômico do Estado, o Direito se propõe a estabelecer mecanismos de suporte para a atividade de empresa, a exemplo da Lei nº 11.101/2005, que regula a falência, a recuperação judicial e a extrajudicial do empresário e da sociedade empresária.

Posto isso, a finalidade principal da referida lei é possibilitar a recuperação do empresário ou sociedade empresária (seja de forma judicial ou extrajudicial), quando da possibilidade de acordo entre o devedor empresário e seus credores, fazendo com que a atividade empresarial se mantenha e não haja a "quebra" do empresário. Entretanto, não sendo possível a recuperação, resta-se apenas a realização do procedimento da falência, em que é feita a liquidação da empresa ou da sociedade empresária, a fim de solver as dívidas do devedor empresário.

Desse modo, pretende-se, neste artigo, analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) acerca da Lei de Falências e Recuperação de Sociedades Empresárias, visando responder o seguinte questionamento: como se dá o entendimento da Lei nº 11.101/2005 nos acórdãos do Tribunal de Justiça da Paraíba? Todo o procedimento metodológico será abordado em tópico específico.

Assim, além desta introdução, este artigo está estruturado da seguinte forma: no próximo tópico, é exposto o procedimento metodológico utilizado na pesquisa; em seguida, trata-se do conceito e elementos constitutivos da atividade empresarial, trazendo aspectos históricos e doutrinários acerca da sociedade empresária e do ser empresário; no tópico 3, faz-se uma abordagem da Lei nº 11.101/2005 e de suas modalidades (falência, recuperação judicial e extrajudicial); por conseguinte, tem-se a análise da jurisprudência do TJPB sobre a Lei nº 11.101/2005, verificando os principais dados coletados; e, por fim, são feitas algumas considerações finais acerca da temática deste artigo.

2. PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Para além da análise bibliográfica, realiza-se a pesquisa empírica, visando traçar possíveis respostas ao questionamento proposto pela pergunta de pesquisa. Assim, o artigo propõe-se a realizar um levantamento com análise qualitativa no banco de decisões (apenas acórdãos foram considerados na pesquisa) do Tribunal de Justiça do estado da Paraíba (TJPB), disponível em seu sítio eletrônico. Foi estabelecido como filtro o termo chave "Lei nº 11.101/2005" no buscador de termos do portal eletrônico do TJPB, e por conseguinte, realiza-se a análise no inteiro teor dos acórdãos. No que se refere à delimitação temporal, foram considerados acórdãos que englobam os anos de 2014 a 2020, correspondendo ao lapso temporal de todos os acórdãos que citavam a Lei nº 11.101/2005 no TJPB.

A abordagem se deu em relação ao conteúdo dos julgados a partir da sua avaliação

sistemática, de modo a exercer o papel interpretativo, a fim de ressaltar possíveis incongruências entre o conteúdo normativo e as disposições jurisprudências quando da utilização da Lei nº 11.101/2005 como objetivo central.

Como objetivos específicos destacam-se a viabilidade dos conteúdos jurisprudenciais, seu contributo para a redução dos fatores de risco a que se propõe a norma e a utilização dos parâmetros da AED aos casos apresentados ao tribunal, recorrendo-se ao emprego do método de abordagem dedutivo. Os dados a seguir foram isolados para permitir o levantamento: (i) número do processo; (ii) data; e (iii) conteúdo referente à Lei nº 11.101/2005 e o entendimento acerca dos processos de falência e recuperação (extra)judicial de sociedades empresárias.

Esse protocolo de pesquisa permitiu a elaboração de um banco de dados contendo 28 decisões, em que os conteúdos analisados dos entendimentos se deram em dois âmbitos: a) menção/não menção ao termo "Lei nº 11.101/2005"; e b) Conteúdos materiais (modalidades da Lei nº 11.101/2005 presentes na jurisprudência do tribunal, especialmente) e processuais (recursos, suspensão de prazos, competência, e aplicação subsidiária da norma supracitada) abordados nos acórdãos. Os dados referentes ao item "b" estão condensados em tabela, para melhor compreensão.

A pesquisa se identifica como quanti-qualitativa, de natureza exploratória, a fim de proporcionar maior compreensão acerca do objeto de estudo. O método de abordagem empregado é o dedutivo. Para tanto, utiliza-se, ainda, as técnicas de pesquisa: documental indireta (análise jurisprudencial) e a bibliográfica, a partir da leitura e fichamentos de livros e artigos científicos indexados.

3. ATIVIDADE EMPRESARIAL, SOCIEDADE EMPRESÁRIA E EMPRESÁRIO: DISPUTAS CONCEITUAIS E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

A atividade econômica acompanha as etapas históricas da humanidade, de modo a ser sistematizada inicialmente pelas Corporações de Ofício no sistema mercantilista, cenário no qual os comerciantes inscritos criaram suas próprias normas para regular a atividade desempenhada. Posteriormente, com a ação da Revolução Francesa contra a estrutura do estado moderno, surgem os Atos de Comércio, regulados pelo Código Napoleônico, os quais estabelecem um rol de atividades comerciais, de forma que as normas relativas a este público passam a vincular todos aqueles que exercem os atos reconhecidos como comerciais, diferentemente da seletividade das corporações de ofício.

Em que pese a importância dos atos de comércio, a Itália, sob o poder de Mussolini, observa a expansão da atividade econômica mediante a transformação do capitalismo comercial em industrial. Isso significa dizer que as atividades antes não sujeitas às regras comerciais, agora tornam-se potenciais estruturas a serem disciplinadas pela ordem mercantil, a exemplo do ramo empresarial. Por essas razões, o Código Civil Italiano de 1942 propõe a alteração do termo *comercial* para *empresarial* e disciplina a teoria da empresa em complemento às disposições francesas, com o intuito de incorporar as atividades de prestação de serviços, dentre elas, as atividades industriais e de âmbito fundiário (Coelho, 2017).

Desse modo, as significativas alterações em torno da atividade econômica de cunho comercial expostas até aqui, tornam imperativo realizar, de modo antecipado, os recortes conceituais doutrinários em torno dos elementos que consagram a atividade empresarial antes do conceito legal admitido pelo Código Civil de 2002, como amparo às discussões conseguintes acerca da apreciação do processo falimentar (Lei nº 11.101/2005), o qual representa o objetivo do presente texto.

Nesse sentido, para Robert Hall e Marc Lieberman (2003, p. 181), a sociedade empresária corresponde a "[...] uma organização especializada em produção, de propriedade de pessoas particulares e operada por elas mesmas", havendo, portanto, a produção como atividade cerne

do sistema empresarial. Entretanto, Curtis Eaton e Diane Eaton (1999, p. 180), em vias de ampliar a concepção pré-estabelecida, apresentam a sociedade empresária como "uma entidade que compra fatores de produção, ou insumos, e transforma-os em bens ou serviços, ou produtos para a venda". Neste caso, os autores incluem as modalidades direta e indireta, assim como consideram a natureza empresarial da oferta de serviços.

Como contributo para a expansão da catalogação de atividades empresariais, Rulanni (1983) introduz a concepção de um sistema simbiótico regido por dimensões macro e mínimas responsáveis por organizar a produção, transformação, distribuição de bens e/ou serviços em mercados. Isso significa dizer que a atividade empresarial ultrapassa a mera atividade comercial, de modo a englobar os fatores de mercado, a exemplo das tarifas transacionais.

Para além das definições já apresentadas, torna-se imperioso estabelecer um conceito legal sobre a atividade empresarial. Para tanto, a união do conceito econômico de sociedade empresária com a condição de categoria jurídica assume influência aos pressupostos da teoria da empresa de Alberto Asquini (1996). Neste caso, a sociedade empresária adquire natureza poliédrica a partir da reunião de "diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram" (Asquini, 1996, p. 111). Assim, ela é constituída por quatro perfis: o subjetivo (o empresário), o objetivo (o estabelecimento comercial), o funcional (atividade organizada) e o corporativo (instituição)[1].

Os pressupostos estabelecidos por Asquini (1996) são, parcialmente, introduzidos na reforma do diploma civil brasileiro, ocorrida em 2002, na medida em que considera os perfis subjetivo, objetivo e funcional no art. 966 ao afirmar que: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços" (Brasil, 2002). Posto isso, pessoas naturais e jurídicas que exerçam profissionalmente e de forma organizada, atividade econômica que objetiva promover a circulação de bens ou serviços, é considerado empresário.

Entretanto, o parágrafo único do artigo supracitado exclui aquele que "[...] exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa" (Brasil, 2002). Isso porque, entende-se que as atividades elencadas apresentam considerável grau de pessoalidade, o que exclui, portanto, o formato empresarial, salvo se constituir elemento de empresa (Brasil, 2002).

Importa destacar que, enquanto este trabalho é elaborado, tramita no Congresso Nacional a Reforma do Código Civil (Projeto de Lei nº 4, de 2025), em diversas áreas, incluindo o direito das famílias, sucessões, obrigações e em matéria empresarial. Dentre as propostas em destaque, vale mencionar a inserção do art. 966-A[2] no Código Civil, com o objetivo de reforçar a importância da liberdade econômica e do incentivo à atividade empresarial no país, reconhecendo seu papel essencial na geração de empregos, renda e arrecadação tributária. Por outro lado, tal instrumento também enfatiza a função social da empresa e a responsabilidade para com os empregados, incluindo a promoção da formação e qualificação profissional.

1 Em síntese, o perfil subjetivo concentra-se no empresário, que é quem atua na atividade empresária; o perfil objetivo diz respeito ao estabelecimento empresarial (total de bens corpóreos e incorpóreos da sociedade empresária); o perfil funcional se refere à atividade econômica organizada para a produção de bens e circulação de riquezas; e, por fim, o perfil institucional está ligado à sociedade empresária como um órgão corporativo onde se exerce a atividade econômica.

2 Art. 966-A. As disposições deste Livro devem ser interpretadas e aplicadas visando ao estímulo do empreendedorismo e ao incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país, observados os seguintes princípios: I - da liberdade de iniciativa e da valorização e aperfeiçoamento do capital humano; II - da liberdade de organização e livre concorrência, da atividade empresarial, nos termos da lei; III - da autonomia privada, que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública; IV - da autonomia patrimonial, das pessoas jurídicas, conforme seu tipo societário; V - da limitação da responsabilidade dos sócios, conforme o tipo societário adotado, nos termos legais; VI - da deliberação majoritária do capital social, salvo se o contrário for previsto no contrato social; VII - da força obrigatória das convenções, desde que não violem normas de ordem pública; VIII - da preservação da empresa, de sua função social e de estímulo à atividade econômica; IX - da observância dos usos, práticas e costumes quando a lei e os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, sempre que não sejam contrários ao direito; X - da simplicidade e instrumentalidade das formas (Brasil, 2025).

O artigo 966-A surge, de certa maneira, como uma reação do legislativo à jurisprudência que, em diversos casos, tem desconsiderado a personalidade jurídica das sociedades empresárias para atingir o patrimônio dos sócios. A proposta, portanto, busca ampliar a interpretação do artigo 966, esclarecendo os princípios que asseguram a liberdade econômica, a proteção da livre iniciativa e a limitação da responsabilidade dos sócios.

Ainda em referência às atribuições legais, cabe destacar a importância desempenhada pela atividade econômica para além da mera acumulação de recursos, mas sobretudo em relação à função social da empresa (art. 154, da Lei das Sociedades por Ações), que a enxerga como meio para:

> [...] desenvolver e circular riquezas, de modo a permitir a distribuição de dividendos a sócios, mas também de promover a oferta de bens e serviços aos consumidores, aumentar a concorrência entre os agentes econômicos, gerar a oferta de postos de trabalho e o desenvolvimento econômico nacional (Sacramone, 2021, p. 392)

Nesse sentido, outros princípios se mostram relevantes a fim de entender a atividade da sociedade empresária. Um deles é o princípio da manutenção ou preservação da sociedade empresária, que reflete a ideia da função social desta, haja vista que a atividade empresária deve ter uma continuidade, sobretudo, em face do princípio do impacto social da crise da empresa.

Isso porque, levando em consideração os variados interesses decorrentes da atividade empresarial (do empresário, do trabalhador e da sociedade em geral), quando uma sociedade empresária é levada a uma crise, tem-se a perda de todos os interesses envolvidos, fazendo com que, conforme o caso, deva haver algum mecanismo para acabar ou minimizar a crise (a recuperação judicial, que será tratada posteriormente, é um exemplo desses mecanismos).

Dito isto, a partir das disposições do art. 966 do CC/2002, evidencia-se que os elementos que qualificam o empresário são: a) economicidade; b) organização; c) profissionalidade; d) assunção do risco. Muito embora a reunião dos quatro elementos sejam imprescindíveis ao exercício da atividade empresarial, a admissão dos fatores de risco corresponde ao ponto principal da problemática que se pretende evidenciar neste artigo, visto que a atividade empresarial é impactada por fatores internos e externos capazes de ocasionar prejuízos e crises.

Desse modo, não há garantia de que haverá resultados positivos quanto à meta econômica esperada, haja vista o risco inerente à atividade empresarial, que muitas vezes não pode ser extinguido. Nesse ínterim, mesmo a sociedade empresária que atue de forma regular, com instrumentos de planejamento e estatísticas, pode apresentar fator de risco.

Tendo em vista o reconhecimento da atividade empresária enquanto elemento de utilidade social e coletiva, cabe trabalhar mecanismos capazes de estabelecer certa previsibilidade ou contingenciamento quanto à organização interna e fatores externos que podem impactar o desempenho da atividade econômica empresarial. Essa função, na atualidade, encontra viabilidade através da teoria dos jogos, a qual objetiva prever condutas e comportamentos através de métodos racionais e estatísticos enquanto instrumento de suporte às normas jurídicas, sendo este um pressuposto fundamental da Análise Econômica do Direito — AED (Ribeiro, Galeski Junior, 2009).

Sob este viés, um dos postulados da Análise Econômica do Direito (AED) é a possibilidade da interferência jurídica nos casos em que o equilíbrio financeiro é perturbado pelas falhas inerentes à própria rotatividade do mercado. Nessa senda, a atuação do Direito se dirige a "a adoção pelo juiz ou legislador da solução que o mercado teria adotado se não houvesse obstáculos ao seu funcionamento" (Ribeiro, Galeski Junior, 2009, p. 78). Vale dizer que a aplicação dos pressupostos econômicos no âmbito jurídico, ganha contornos mediante a confecção da Lei nº 11.101/2005, responsável por tratar dos procedimentos de falência e recuperação (extra)judicial, além de disposições atinentes à competência, legitimados ativos, dentre outros aspectos que serão retratados no tópico a seguir.

4. A LEI 11.101/2005 E OS PROCEDIMENTOS PARA RECUPERAÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

O tratamento legal em torno da recuperação de sociedades empresárias no Brasil se encontrava disposto no Decreto-Lei n° 7.661/1945, entretanto, o arranjo normativo delineava apenas em torno do processo de falência, não abarcando as recuperações de sociedade empresária judicial e extrajudicial. Diante da inserção do Estado Democrático de Direito e dos seus princípios norteadores (art. 1° e respectivos incisos, da CF/88) assim como, a expansão das complexidades sociais, a implantação de uma modalidade capaz de garantir a negociação entre credor e devedor para a continuidade da sociedade empresária fez-se necessária.

Por essas razões, em 2005, surge o instituto Recuperação de Sociedades Empresárias e Falência (Lei nº 11.101/2005) responsável por disciplinar a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (Brasil, 2005), de forma a excluir desse rol, as instituições elencadas no art. 2°, incisos I e II, da norma supracitada, tais como: empresa pública e sociedade de economia mista; instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores (Brasil, 2005).

Assim, é possível depreender duas possibilidades, sendo a primeira referente à integral exclusão do empresário do processo de falência, o que o impede de estar submetido ao processo falimentar como forma de execução concursal. Já em relação à exclusão parcial da falência, a lei discrimina contextos em que a falência poderá ser decretada. Cabe destacar que, para fins de instauração da execução, é necessário a caracterização de um dos fatores previstos no art. 94 da Lei de Falências e Recuperação de Sociedades Empresárias[3].

Em face do contributo às sociedades empresárias e, por extensão, à sociedade de modo geral, respaldado pelo conteúdo normativo supracitado, impera esclarecer os pontos caracterizadores de cada modalidade, assim como as diferenças em suas execuções. Primeiramente, entende-se como falência "o processo de execução coletiva decretado por sentença judicial, contra o (comerciante) devedor, com objetivo de satisfazer o crédito dos credores" (Tomazette, 2019, p. 303), de forma que os requerentes para tal processo, conforme artigo 97 da Lei n° 11.101/05, são: o próprio devedor no caso da autofalência (art. 105, da Lei nº 11.101/2005), o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante, o cotista ou acionista do devedor (Brasil, 2005) e o sócio da sociedade devedora, seja ela limitada ou anônima[4].

3 Nos termos do art. 94, da Lei nº 11.101/2005, será decretada a falência do devedor que: "I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial" (Brasil, 2005).

4 Na sociedade limitada, a responsabilidade entre os sócios é limitada ao valor das suas quotas, que podem ter valor igual ou desigual. Porém, os sócios respondem de maneira solidária pelo capital social integralizado (que é a soma das quotas), nos termos do art. 1.052, do Código Civil. Já na sociedade anônima, o capital divide-se em ações (e não em quotas), fazendo com que cada sócio ou acionista da sociedade somente se obrigue (ou seja responsável) pelo preço das ações emitidas que subscrever ou adquirir (art. 1.088, do CC/2002).

Um dos pontos diferenciadores da falência em relação aos dois outros procedimentos da recuperação empresarial se caracteriza pelo objetivo primordial em torno da liquidação das dívidas mantidas com os credores, de forma coletiva, a partir da retirada do patrimônio do devedor, o que confere não propriamente, vias para solucionar o estado de crise, mas uma forma de cobrança judicial que se faz viável mediante a prolatação da sentença, a qual corresponde à título executivo judicial[5], tendo em vista que esta possibilita a introdução do falido e dos respectivos credores no regime jurídico-falimentar, assim como, o afastamento do devedor, a inserção do administrador judicial e o consequente encerramento das atividades empresariais.

Desse modo, a falência conta com três órgãos, sendo eles: o administrador judicial, responsável por auxiliar o juiz no que tange, principalmente, à administração da sociedade empresária do falido, além de outras atribuições (nos termos do art. 21, da Lei 11.101/2005), a assembleia dos credores, que assume caráter decisional, cuja competência se vale da: a) aprovação do comitê de credores respectivos membros; b) adoção de modalidade extraordinária sobre o ativo do falido; c) deliberação sobre os interesses gerais dos credores (art. 35, II, Lei nº 11.101/2005) e o comitê de credores, órgão competente para fiscalizar o administrador judicial (art. 27, I, "a", da Lei nº 11.101/2005).

Já em relação ao processo de recuperação judicial, diferentemente do que se propõe os procedimentos falimentares, o objetivo em questão se refere a síntese de um plano, ficando a sua aprovação a cargo do credor, capaz de dispor sobre a situação econômica da sociedade empresária, a relação de bens e recursos, as formas e os prazos de pagamento, assim como a viabilidade de cumprimento das metas estabelecidas para manter a sua atividade e funcionamento em compasso aos princípios da função social e do estímulo à atividade econômica.

Além disso, se torna instrumento crucial à convalidação em falência, já que representa hipótese que se torna possível diante do descumprimento dos objetivos presentes no plano, pelo prazo de dois anos (Brasil, 2005) ou quando da ausente apresentação do plano em até 60 dias. Além da possibilidade do plano ser apresentado pelo devedor, a reforma instituída pela Lei nº 14.112/2020, confere aos credores essa prerrogativa, caso as propostas do devedor sejam rejeitadas e for interesse mútuo entre os credores a proposição de um novo plano em 30 dias.

Por fim, na recuperação extrajudicial (disciplinada nos arts. 161 a 167, da Lei nº 11.101/2005), há um acordo entre o devedor empresário e seu(s) credor(es), feito extrajudicialmente, em que, para validação de tal acordo, deve ocorrer a homologação do plano de recuperação extrajudicial pelo juiz competente para apreciar os casos de recuperação de sociedades empresárias, fazendo com que o este plano se torne um título executivo judicial (art. 161, § 6°, da Lei nº 11.101/2005). Assim como na falência e na recuperação judicial, a competência para homologar o plano de recuperação extrajudicial é do juízo do local do principal estabelecimento do devedor (art. 3°, da Lei nº 11.101/2005).

O legitimado a requerer a recuperação extrajudicial é o empresário devedor. Além disso, tal modalidade de recuperação de sociedades empresárias, da mesma forma que na falência e recuperação judicial, não se aplica às pessoas jurídicas, sociedades e organizações referidas no art. 2°, I e II, da Lei nº 11.101/2005. Nesse sentido, o empresário deve atender aos mesmos requisitos da recuperação judicial, que estão dispostos no art. 48, da Lei de Falências e Recuperação de Sociedades Empresárias[6].

5 Dispostos no art. 515, do CPC/2015, os títulos executivos judiciais são espécies de documentos que derivam de atos feitos em juízo (por isso o nome judicial), a exemplo de uma sentença, a qual poderá ser exigida o seu cumprimento, sendo, portanto, executada. Por outro lado, os títulos executivos extrajudiciais (art. 784, do CPC/2015), são aqueles firmados fora de um processo judicial, mas que também têm força executiva.

6 Conforme o art. 48, da Lei nº 11.101/2005: "Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não

Agora, tratando-se das diferenças entre a recuperação extrajudicial e as outras modalidades da Lei nº 11.101/2005, observa-se que, primeiramente, não há, na recuperação judicial, a figura do administrador judicial e os órgãos da Assembleia Geral de Credores e Comitê de Credores, haja vista que, como dito anteriormente, é feito um acordo entre devedor e credor fora de um processo judicial, no qual haverá apenas a homologação do plano de recuperação extrajudicial em juízo. Ademais, o pedido de recuperação extrajudicial, ao contrário do que ocorre na falência e recuperação judicial, não acarreta na suspensão das ações e execuções em face do devedor (art. 161, § 4°, da Lei nº 11.101/2005).

Ainda, há de se destacar algumas outras características da recuperação extrajudicial, tais como: o plano de recuperação extrajudicial não poderá compreender pagamento antecipado de dívidas, nem tratamento desfavorável entre os credores (art. 161, § 2°, da Lei nº 11.101/2005); o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de dois anos (art. 161, § 3°, da Lei nº 11.101/2005); e, após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários (art. 161, § 5°, da Lei nº 11.101/2005).

Sobre as espécies de recuperação extrajudicial, existem duas: a ordinária e a extraordinária. Na recuperação extrajudicial ordinária, há adesão de todos os credores abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial. Nesse sentido, a homologação judicial nesta espécie é facultativa, tendo em vista que existe o consentimento entre todos os credores, em que "a mera anuência já é suficiente para produzir efeitos entre as partes" (Sacramone, 2022, p. 605).

Já a recuperação extrajudicial extraordinária, não há a adesão da totalidade dos credores. Assim, para a homologação do plano de recuperação, é preciso a anuência dos credores que representem mais da metade do total de créditos de cada espécie abrangidos pelo plano (art. 163, da Lei nº 11.101/2005). Nesse sentido, para a validação do plano, a homologação deste em juízo é obrigatória, pois, se a recuperação for concedida, irá vincular todos os credores (até os que votaram contra o plano de recuperação extrajudicial).

Dessa forma, feita a abordagem acerca das modalidades da Lei nº 11.101/2005 (Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial), cabe analisar o tratamento conferido à Lei supracitada nos acórdãos do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB). É o que se pretende no tópico seguinte.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO TJPB: O ENTENDIMENTO DOS PROCEDIMENTOS DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS À LUZ DA LEI Nº 11.101/2005

Conforme apresentado nos tópicos anteriores, a temática reserva uma posição de relevância na manutenção econômica do país quando do cumprimento da função social a que se propõe o empresário ou sociedade empresária, de forma a ser necessário investigar o tratamento conferido à Lei nº 11.101/2005 na Paraíba, conforme dados provenientes do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB). Para tanto, a análise se pauta em quatro critérios: a) lapso temporal de aplicação da Lei nº 11.101/2005; b) Modalidades que obtiveram maior aplicação; c) Recursos mais presentes; e d) Conteúdos material e processual dos acórdãos, os quais estão inseridos nas tabelas abaixo.

ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei" (Brasil, 2005).

Tabela 1: Quantificação de acórdãos pelas modalidades e conteúdos recorrentes nos acórdãos do TJPB sobre a Lei 11.101/2005.

MODALIDADES E CONTEÚDOS RECORRENTES NOS LITÍGIOS FALIMENTARES DO TJPB				
MODALIDADES DA LEI Nº 11.101/2005 NA JURISPRUDÊNCIA DO TJPB		RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL	RECUPERAÇÃO JUDICIAL	FALÊNCIA
TOTAL		0	6[7]	0
CONTEÚDOS RECORRENTES	PRORROGAÇÃO DA SUSPENSÃO DOS PRAZOS	CONFLITO DE COMPETÊNCIA	APARECIMENTO DA LEI Nº 6.024/1974[8]	INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS COMO LEGITIMADOS
TOTAL	6 acórdãos	5 acórdãos	9 acórdãos	13 acórdãos

Fonte: Acórdãos do TJPB (2014-2020).

O primeiro ponto relevante é o lapso temporal em que as jurisprudências foram formuladas, recorte temporal que envolve os anos de 2014 a 2020. Isso implica dizer que o Tribunal de Justiça do estado da Paraíba há cerca de quatro anos não é provocado para a resolução de problemáticas em torno dos litígios falimentares (ou não prolata decisões acerca da temática).

Em conjunto a este dado, é possível verificar que em todos os casos presentes no banco de dados do TJPB sobre o tema, utilizou-se da subsunção normativa referente a Lei nº 11.101/2005 anterior à Lei nº 14.112/2020 (reforma da Lei de Falências e Recuperação de Sociedades Empresárias), o que implica na formulação de reverberações judiciais, que logo em seguida, seriam contempladas pela reforma 2020, sobretudo em caráter procedimental.

Do total de acórdãos (28), a menção à Lei nº 11.101/2005 se fez presente em todos, entretanto, a observância do seu devido suporte ao caso concreto[9] (seis acórdãos) se deu de forma integral, no que diz respeito ao caráter material, em torno do processo de recuperação judicial (seis acórdãos), havendo certa prudência ao adotar os instrumentos da falência.

Isso porque, como explicitado nos tópicos antecedentes, o processo falimentar afasta o empresário da condução da sociedade empresária, inativa a sua atividade, e angariar todo o patrimônio para o pagamento das dívidas pendentes. A reunião dos fatores elencados reverbera prejuízos sociais ao devedor, além de dificuldades para o acesso ao crédito em atividades futuras, em face do desprestígio que lhe é conferido com a publicação no Registro Público de Empresas da expressão "Falido" no registro do devedor empresário, nos termos do art. 99, VIII, da Lei nº 11.101/2005.

Ainda em relação à análise jurisprudencial adotada, a prioridade se deu em torno da matéria processual, mediante a adoção dos instrumentos recursais, a exemplo da apelação (12 acórdãos)[10] e do agravo interno (nove acórdãos)[11], para questionar aspectos relativos à competência Comum e Falimen-

7 Uma apelação, um agravo instrumental e quatro agravos internos.

8 Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

9 O restante constava em jurisprudências citadas como suporte ao argumento de uma das partes.

10 A apelação é um recurso que cabe contra a sentença proferida pelo juiz singular (de 1° grau), conforme o art. 1.009, do Código de Processo Civil de 2015.

11 O agravo interno é um recurso previsto no art.1.021, do CPC/2015, o qual é cabível contra decisão monocrática proferida pelo relator do respectivo tribunal, devendo ser observadas as regras do regimento interno do tribunal.

tar (cinco acórdãos), à possibilidade de prorrogação da suspensão dos prazos das ações e execuções contra o devedor empresário (6), à adoção da Lei n° 6.024/74 (9 acórdãos) em contextos quando da ausência de legitimidade das instituições financeiras (bancos, por exemplo) em relação ao processo falimentar, conforme dispõe a Lei de Falências e Recuperação de Sociedades Empresárias (art. 2°, II, da Lei nº 11.101/2005). Além disso, importa ressaltar que, para os recursos impetrados, cerca de 64% foram indeferidos ou parcialmente deferidos, haja vista o reconhecimento do TJPB, pelo menos parcialmente, em relação aos entendimentos cristalizados pela 1ª instância no caso concreto.

Em se tratando do questionamento sobre o juízo competente (cinco acórdãos), as partes indicavam a incoerência da tramitação do processo em Juízo Comum (arts. 3º e 76 da Lei nº 11.101/2005), no que diz respeito às ações de quantia ilíquida, pleiteando, então, o direcionamento ao Juízo da Falência e Recuperação de Sociedades Empresárias em ambos os casos.

Entretanto, pelo fato de constar como ação em fase de conhecimento[12], as duas teses são incabíveis nos termos da redação normativa, posto que representa competência territorial do local do principal estabelecimento do devedor. Por essas razões, o TJPB, nos conteúdos referentes aos conflitos de competência, indeferiu o pedido de remessa ao Juízo da Falência e reafirmou o entendimento da 1ª instância (cinco acórdãos). O contexto apresentado se faz presente, justamente, no pleito dos acórdãos de n° 0200936-08.2012.815.0461 e nº 0014406-19.2011.815.0011.

Em que pese o entendimento pacífico a que se resguarda a questão, Roque (2005) apresenta o termo "principal estabelecimento do devedor" como risco para a interpretação a ser aferida, tendo em vista que, pode haver o entendimento do juízo pertencer a Comarca da sede da sociedade empresária. Tal cenário reverbera entraves na efetividade do processo falimentar, tendo em vista que a sociedade empresária tem sede em uma cidade, mas a concentração da atividade exercida se concentra em outra cidade (Roque, 2005).

As problemáticas podem alcançar patamares fraudulentos quando da existência de múltiplas filiais em diversas Comarcas, ou "concentrar administradores, em cada um deles, com poder amplo de decisão" (Bezerra Filho, 2007, p. 56), cenários que simbolizam o oposto do pretendido pelos métodos da AED no que se refere a garantia de previsibilidade e segurança.

Isso porque, os administradores realizam a "blindagem de patrimônio ilicitamente desviado através da abertura de sociedade empresária e sociedades em outras localidades" com "[...] atividades determinantes e de peso, de tal forma que, não importa em qual juízo seja requerida sua falência, sempre argumentará que seu principal estabelecimento não é aquele, e sim o outro" (Bezerra Filho, 2007, p. 56).

Outro ponto questionado pelos apelantes e agravantes na matéria da recuperação judicial diz respeito ao deferimento da prorrogação da suspensão dos prazos de execuções, contexto este proveniente do reconhecimento da recuperação judicial, o qual determina, dentre outros pontos, a suspensão de todas as ações e execuções ajuizadas contra a sociedade empresária enquadrada no polo passivo, no intervalo de 180 dias, de modo improrrogável (art. 6º da Lei nº 11.101/2005).

Em que pese a disposição normativa da Lei em favor da improrrogabilidade à época da tramitação dos processos que foram alvo de análise por parte deste artigo, a jurisprudência do TJPB acompanhou o entendimento do REsp (Recurso Especial) de nº 1.699.528/2018, expedido pela ministra Nancy Andrighi, portanto, anterior à reforma proposta pela Lei nº 14.112/2020, responsável por deliberar em sentido contrário ao permitir a prorrogação do prazo por considerar o intervalo de dias como insuficiente para "isoladamente, autorizar a retomada das demandas movidas contra o devedor, uma vez que a suspensão também encontra fundamento nos arts. 47 e 49 da Lei nº 11.101/05 [...]" (REsp nº

12 As ações em fase de conhecimento dizem respeito ao processo de conhecimento, em que o juiz analisa os fatos e controvérsias jurídicas para, no fim do processo, tomar sua decisão e prolatar uma sentença, julgando a demanda do autor da ação procedente ou improcedente.

1.660.893/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 14/8/2017).

Dito de outro modo, a disposição normativa no sentido da improrrogabilidade dos prazos não foi acolhida pela jurisprudência, sendo este o entendimento incluído à Lei 11.101 pela reforma de 2020, a qual dispõe expressamente a possibilidade da suspensão dos prazos das ações e execuções contra o devedor por 180 dias, podendo ser prorrogável por igual período (art. 6°, § 4°, da Lei nº 11.101/2005).

Assim, é possível depreender que tal debate perpassa por fatores derivados da complexidade do sistema jurídico, em que norma e jurisprudência operacionalizam o arcabouço jurídico, sendo a primeira relativa a um formato mais estático (mesmo quando se refere às mutações constitucionais), enquanto a segunda, é orientada de modo volátil, apta a tangenciar os fluxos de contingências sociais.

Como resultado disso, forma-se um quadro de insegurança jurídica e consequentemente, econômica, acerca do fundamento a ser adotado pelos magistrados, o que justifica os recursos impetrados ao Tribunal de Justiça da Paraíba no que concerne aos prazos relativos a suspensão das ações de execução na temática falimentar e prolifera a extensão de litígios que, diante de maior segurança jurídica, não haveriam de existir.

Importa salientar, ainda, a recorrência à Lei n° 6.024/1974 (nove acórdãos), cuja disposição trata dos processos de intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras (a exemplo das entidades bancárias), posto que a Lei nº 11.101/2005, em seu art. 2º, exclui a aplicação dos dispositivos falimentares para as instituições supracitadas. No entanto, a relação jurídica estabelecida nos acórdãos analisados demonstra, de forma majoritária, o tratamento quanto à falência e liquidação das instituições financeiras (13 acórdãos), sendo necessário aplicar os regimes especiais (intervenção judicial, regime de administração especial temporária e liquidação) previstos na Lei n° 6.024/1974. Caso a utilização de tais instrumentos tornem inviável o processo de recuperação, será decretada a falência.

Portanto, importa salientar que, muito embora a disposição da Lei nº 11.101/2005 ofereça instrumentos eficazes para dirimir as contingências do mercado e da economia, a análise jurisprudencial destaca que os conteúdos dos acórdãos não estavam relacionados, propriamente às modalidades da referida lei, isto é, não tratavam especificamente da falência do empresário ou de sua recuperação (extra)judicial, mas sim de outras questões relacionadas ao processo de falência e recuperação de sociedades empresárias, tais como a competência para julgar ações em fase de conhecimento e a prorrogação da suspensão dos prazos das ações e execuções contra o devedor empresário.

Isso significa que existem, pelo menos de forma primária, duas possibilidades para a aplicação da norma supracitada. De um lado, é possível que ela ofereça instrumentos de fácil subsunção aos contextos fáticos, de modo a dirimir problemáticas em torno do conteúdo material, sobretudo em torno do reconhecimento das modalidades e dos respectivos mecanismos a serem adotados, restando à instância recursal a mera confirmação do entendimento predominante na primeira instância.

Dito de outro modo, o processo de subsunção coexiste com ínfimas interferências subjetivas quando da aplicação e consequente entendimento da Lei nº 11.101/2005. Esse viés não se sustenta, tendo em vista a indiferença quanto à disposição normativa sobre a improrrogabilidade dos prazos em comparação à decisão judicial.

Por outro lado, depreende-se que a quase unanimidade sobre o indeferimento das demandas nas duas instâncias explora as supostas lacunas existentes em parcelas específicas do texto normativo, ainda sem precedentes jurisprudenciais, e, neste caso específico, também anterior à reforma de 2020, fator que esvazia o conteúdo (material ou processual) dos pedidos apresentados ao TJPB. Este recorte também apresenta incongruências, haja vista a discussão doutrinária e normativa diante dos pontos em torno da competência e da aplicação da Lei n° 6.024/1974.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi discutido, verifica-se que a necessidade humana de reduzir os processos contingentes, sobretudo em torno dos fatores econômicos, abordados aqui neste artigo no âmbito empresarial, torna necessário a introdução de uma categoria normativa apta a adotar mecanismos de previsibilidade, juntamente aos pressupostos da análise econômica do Direito (AED), (in)suficientes para frear as configurações de risco, que se tornam multiplicadas na sociedade contemporânea.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo se volta para a análise do entendimento do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) acerca das modalidades falimentares previstas na Lei 11.101/2005. Ao todo, foram coletados vinte e oito (28) acórdãos, de 2014 a 2020. Dos 28 acórdãos, 22 citaram a Lei nº 11.101/2005, mas seus conteúdos não estavam relacionados às modalidades da referida lei, isto é, não tratavam especificamente da falência do empresário ou de sua recuperação (extra) judicial, mas sim de outras questões relacionadas ao processo de falência e recuperação de sociedades empresárias, tais como a competência para julgar ações em fase de conhecimento e a prorrogação da suspensão dos prazos das ações e execuções contra o devedor empresário.

Outro ponto a se destacar é a presença de instituições financeiras (bancos, por exemplo) nos polos ativo e passivo dos acórdãos analisados. Isso porque, como exposto, a Lei nº 11.101/2005 não é aplicável às instituições financeiras públicas e privadas, fazendo com que a "falência" dessas instituições seja disciplinada pela Lei nº 6.024/1974, aplicando-se apenas subsidiariamente a Lei de Falências e Recuperação de Sociedades Empresárias.

Nesse sentido, percebe-se que o entendimento da Lei nº 11.101/2005 ainda é demasiadamente restrito no âmbito do Tribunal de Justiça da Paraíba, limitando-se a uma aplicação subsidiária ou, ainda, tratando de questões de cunho mais processual, em detrimento da análise da falência ou da recuperação do devedor empresário propriamente dita.

Ademais, outro ponto destacável é o fato de que os acórdãos encontrados foram prolatados anteriormente à reforma de 2020 (através da Lei nº 14.112/2020), fazendo com que a análise da lei fosse feita em consonância com as disposições antigas, sem levar em consideração, devido à questão temporal, as alterações feitas pela reforma citada. Nesse sentido, pode-se citar, por exemplo, um aspecto percebido nas decisões do tribunal em relação à prorrogação da suspensão dos prazos das ações e execuções contra o devedor, que, antes da reforma de 2020, era respaldada pela jurisprudência do STJ, e não pela Lei nº 11.101/2005.

Desse modo, as análises referenciadas neste artigo apresentam, seja em face da subsunção direta da norma, seja por apresentar lacunas, ou mesmo pela ausência de atualizações que se adequem propriamente aos contextos fáticos, o entendimento da Lei nº 11.101/2005 não tem permitido a execução do propósito para o qual ela foi implementada, que, dentre outros aspectos, envolve a redução dos riscos na área empresarial a partir dos processos de racionalização, como a estatística.

Todavia, cabe ressaltar que não se pretende contemplar todas as facetas sobre a questão, sobretudo porque a mera aplicação dos pressupostos estruturantes da Análise Econômica do Direito não reflete, obrigatoriamente, efeitos positivos para o entendimento da norma supracitada, haja vista a articulação do sistema jurídico a elementos históricos, sociais, culturais e, marcadamente, econômicos.

Entretanto, corresponde a proposta a ser investigada, pois, quando associado aos mecanismos dispostos, representa potencial instrumento de proteção contra os fatores de risco, imprescindíveis à atividade empresarial, cuja propagação inviabiliza os proveitos decorrentes da sua função social, assim como fornece alternativas aptas a estabelecer ou restaurar a natureza de segurança jurídica sobre o ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, T. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASQUINI, A. *Profili dell'imprensa. Rivista del Diritto commerciale*, 1943, v. 1. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 104, p. 109-126, 1996. Trad. Fábio Konder Comparato. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2786203. Acesso em: 10 maio 2024.

BEZERRA FILHO, M. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

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/l10406compilada.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n° 4, de 31 de janeiro 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: 11 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.660.893/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 8 de agosto de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700583409&dt_publi. Acesso em: 10 maio 2024.

COELHO, F. *Novo manual de direito comercial*: Direito de Empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

EATON, C.; EATON, D. *Microeconomia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Trad. Cecília Bartalotti.

HALL, R.; LIEBERMAN, M. *Microeconomia – princípios e aplicações*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003. Trad. Luciana Michelino.

RIBEIRO, M.; GALESKI JÚNIOR, I. *Teoria geral dos contratos*: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROQUE, S. *Direito de Recuperação de Empresa*. São Paulo: Ícone, 2005.

RULLANI, E. *Teoria ed evoluzione dell'impresa industriale*. In: RISPOLI, M. (org). L'impresa industriale. Bologna: Il Mulino, 1983.

SACRAMONE, M. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. Saraiva, São Paulo, 2021.

SACRAMONE, M. *Manual de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

TOMAZETTE, M. *Curso de Direito Empresarial, Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo nº 02009360820128150461, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator: Des Marcos William de Oliveira, j. em 07-11-2016). Disponível em: https://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/11/17/b8098a6c-0759-4668-90aa-291bc9291dd0.pdf.

TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo nº 00144061920118150011, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator:Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, j. em 14-03-2017). Disponível em: https://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2017/3/20/f0fff909-9e2b-45d1-af21-d2c93bd70046.pdf.

HERANÇA DIGITAL E OS DESAFIOS NA GESTÃO DOS BENS DIGITAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DIGITAL INHERITANCE AND THE CHALLENGES IN THE MANAGEMENT OF DIGITAL ASSETS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

*Márcia Borges da Silva Avila**

Resumo: O presente artigo tem por objetivo identificar se há, no ordenamento jurídico, normas que regulamentam a transmissibilidade de ativos digitais post mortem. Diante da crescente evolução das tecnologias, a dependência da Internet se faz presente na vida em sociedade, de modo que muitos ativos e bens digitais se encontram presentes na rede. Para tanto, é necessário verificarmos como está sendo feita a gestão da herança digital à luz do direito sucessório. Realiza-se, então, utilizando-se o método dedutivo, pesquisa bibliográfica exploratória e documental, a partir da identificação de possíveis regulamentações e do levantamento de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Com base nesse cenário inicial e em desenvolvimento, verifica-se que a legislação brasileira possui muitas lacunas sobre essa temática, gerando insegurança jurídica e divergências de pensamentos. É de extrema relevância que o ordenamento jurídico elabore regulamentação específica de forma clara e homogênea a fim de promover a destinação correta dos bens digitais e sopesar os direitos fundamentais à destinação da herança digital, levando em conta, também, questões relativas à vida privada da pessoa falecida.

Palavras-chave: Herança Digital. Sucessão. Bens Digitais. Direito Digital

Abstract: This article aims to investigate the legal challenges regarding the transmissibility of post-mortem digital assets and the limits regarding the private life of the deceased. In the face of the growing evolution of technologies, dependence on the Internet is present in life in society. To this end, it is necessary to verify how the management of digital inheritance is being done in the light of succession law. Then, using the deductive method, exploratory and documentary bibliographic research is carried out. From this scenario, it can be seen that the national legislation has many gaps on this topic, promoting legal uncertainty and divergences of thought on these issues. It is extremely important that the Brazilian legal system elaborates specific regulations in a clear and homogeneous way in order to promote the correct destination of digital assets and weigh the fundamental rights of the destination of digital heritage.

Keywords: Digital Heritage. Sucession. Digital Goods. Digital Law.

1. INTRODUÇÃO

A Internet revolucionou a vida do ser humano, instituindo uma nova ordem nas relações sociais, alterando as formas de comunicação, trabalho, economia e entretenimento. Assim, mediante essa explosão de crescimento das novas tecnologias e a inserção desse "novo" mundo virtual no cotidiano das pessoas, todas as profissões tiveram de se adaptar a esse cenário, e no ramo do Direito não seria diferente. Assim, surgem os desafios e a necessidade de fazer uma reformulação nos institutos jurídicos para amparar essa nova realidade.

O Direito é uma ciência social e sua evolução até os dias atuais é oriunda do processo histórico da humanidade, ou seja, todas as mudanças sociais refletem no campo jurídico. A era digital veio para ficar, com o seu crescimento acelerado e rápido. O mundo todo consegue se conectar e isso faz com que o número de usuários em redes sociais cresça a cada dia.

Conforme pesquisa divulgada pela revista Forbes em 2023, o Brasil é o terceiro país que mais consome redes sociais em todo mundo (Forbes, 2023). Ao longo da vida, a tendência é que as pessoas acumulem um acervo imenso de bens digitais, podendo ser tanto de valor econômico ou sentimental; no entanto, após o falecimento do titular, questiona-se como realizar a sucessão dessa herança digital.

* Graduanda do 4º período no curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9772448430843942. E-mail: marciaborges.mrv@gmail.com.

Diante desse cenário, o presente trabalho visa esclarecer quais são os desafios jurídicos inerentes à Herança Digital e a gestão dos bens digitais no Brasil. Para responder essa questão definiu-se o seguinte objetivo geral: O que acontece com acervo digital depois que o usuário morrer? O direito sucessório está preparado para absorver essa demanda? E quanto à privacidade e intimidade do *de cujus* existe algum limite a ser considerado na sucessão? Sendo assim, os objetivos específicos são: examinar as legislações atuais e verificar as possíveis propostas impostas por meio de Projetos de Lei.

Com o intuito de elucidar os questionamentos citados acima, o presente artigo utiliza o método dedutivo, pesquisa bibliográfica exploratória e documental, partindo da principiologia geral até o presente momento no cenário Brasileiro. Para tanto, é necessário esclarecer o que são bens digitais e como são classificados, e qual o papel do direito sucessório no tema da herança digital. Outro ponto que gera controvérsias é a respeito da privacidade e intimidade do falecido no momento da transmissão dos bens digitais aos herdeiros.

Nesse sentido, a justificativa para essa pesquisa é a sua extrema relevância no mundo contemporâneo e as lacunas existentes na legislação atual, pois as demandas e questionamentos vem surgindo dia após dia nos tribunais brasileiros, exigindo-se atitude dos órgãos competentes, para tratar dessas questões nos casos concretos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 assegura a todos o direito fundamental de herança, expresso em seu artigo 5º, inciso XXX, sendo cláusula pétrea. Por outro lado, inexiste, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão normativa que disponha sobre a sucessão *causa mortis* dos bens digitais (Burille, 2024). Para tanto, a adequação do direito sucessório ao direito digital é imprescindível.

2. HERANÇA DIGITAL: CONTEXTUALIZAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

Antes de adentrar no tema principal desse estudo, é de suma importância discorrer sobre a herança e seus aspectos gerais. Para Rosa e Rodrigues (2024, p. 67), herança é "o conjunto de relações jurídicas (ativas e passivas) pertencentes ao falecido e transferidas aos herdeiros pelo princípio da *Saisine*, em caráter indivisível, até a conclusão do inventário". Importante deixar clara a distinção entre as relações jurídicas (ativas e passivas), sendo que os a) ativos são os bens e os créditos que serão transmitidos ao herdeiro; já os b) passivos compõem as obrigações e dívidas do titular falecido repassadas ao herdeiro.

O princípio da *Saisine* é o pilar fundamental no direito sucessório, propiciando segurança jurídica quando acontece a passagem dos bens aos herdeiros, no momento da morte do titular. Essa regra tem respaldo jurídico no art. 1.784 do Código Civil Brasileiro de 2002. Tal diploma legal regulamenta a herança no âmbito do direito sucessório e estabelece quais são as regras jurídicas para a transmissão dos bens aos herdeiros. Localizado na parte especial do Código Civil, livro V, entre os arts. 1.784 e 2.027, dispõem dos seguintes títulos: Da Sucessão em Geral, Da Sucessão Legítima, Da Sucessão Testamentária e do Inventário e da Partilha.

O direito de herança está assegurado, também, na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXX, garantindo que os bens da pessoa falecida sejam transmitidos aos seus herdeiros, sendo esse um direito fundamental e interligado ao direito de propriedade, promovendo a preservação do patrimônio no ramo sucessório. Nesse sentido, o direito sucessório disciplina a transmissão do patrimônio (o ativo e o passivo) do *de cujus* (ou autor da herança) a seus sucessores. Essa expressão latina é abreviatura da frase *de cujus sucessione* (ou *hereditatis*) agitur, que significa "aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata" (Gonçalves, 2024, p. 1).

O termo "Sucessão" no dicionário online de português é descrito como ato ou efeito de vir depois, continuação, transmissão dos direitos e bens de quem faleceu. Do mesmo modo, Venosa (2018, p. 1) afirma que "suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na suces-

são, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito".

Para Rosa e Rodrigues (2024), quando trata da Sucessão, a doutrina separa o fenômeno em duas vertentes: a primeira ocorre quando é realizado um ato entre vivos, ou seja, uma negociação que ocorre entre as partes em vida. A segunda acontece com a morte do indivíduo (*causa mortis*) e assim ocorre a transmissão dos bens e obrigações do titular falecido para seus herdeiros. Desta forma, é muito importante observar que não se deve confundir os conceitos e classificações entre sucessão e herança, pois cada uma delas tem especificações próprias e distintas.

Além disso, importante notar que, no contexto histórico das civilizações, desde a antiguidade até as sociedades modernas, era utilizado o método de sucessão nas relações sociais, correlacionando com o direito de propriedade. Corroborando com esse entendimento, Venosa (2018, p. 11) explica que "deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguisse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio. O lar não poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade". O direito de propriedade é extremamente importante no âmbito familiar, sobretudo no processo de gestão da herança para que sejam respeitados os direitos e vontades de todos os envolvidos.

Ao longo dos anos, o direito sucessório vem se modificando para acompanhar as evoluções das sociedades modernas, ressaltando-se que a consolidação desse ramo do direito é antiga e oriunda da construção histórica. Atualmente, o direito de propriedade continua interligado ao direito de herança com o intuito de dar continuidade ao patrimônio familiar e manter a ordem econômica. No ramo sucessório, a transferência do patrimônio poderá acontecer de duas maneiras, conforme menciona Tartuce (2023, p. 2): "As transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido".

Esse cenário de evoluções provocou mudanças significativas no campo das ciências jurídicas que deu causa ao nascimento de uma nova categoria no direito, o qual foi denominada de Direito Digital, com objetivo de gerenciar as demandas do ambiente virtual. No entanto, esse novo direito está entrelaçado com as demais áreas do direito. Assim, a acepção de Herança Digital é um misto desse novo direito e o tradicional direito sucessório. Corroborando essa ideia, Rosenvald, Farias e Netto (2019, p. 933) afirmam que "somos todos, hoje, em maior ou menor medida, dependentes do mundo digital. Daí falarmos, hoje, de direito digital (ou direito virtual, ou direito da sociedade da informação, como queiramos)". Logo, a tecnologia é responsável por instituir um novo modelo de vida, onde interações entre indivíduos ocorrem de forma instantânea e sem limites geográficos.

Diante das diversas possibilidades que o indivíduo dispõe no meio digital no decorrer da vida, é comum acumular bens digitais e formar acervo pessoal com fotos, vídeos, milhas aéreas, livros, sites, blogs, perfis em redes sociais como o Instagram, Facebook, Tiktok, Twitter, canais no Youtube, arquivos na nuvem, criptomoedas entre tantos outros. Desse modo, quando ocorre a morte do titular, esse conjunto de bens recebe o nome de Herança Digital.

Conforme, Giselda Maria Fernandes Hironaka, em entrevista publicada no Boletim do IBDFAM, "entre os bens ou itens que compõem o acervo digital, há os de valoração econômica (como músicas, poemas, textos, fotos de autoria da própria pessoa), e estes podem integrar a herança do falecido" (IBDFAM, 2017, p. 9). Os bens digitais intangíveis demandam maior cuidado e atenção em sua gestão, pois diferentemente dos bens tangíveis que podem ser facilmente quantificados e palpáveis, os ativos digitais exigem um controle diferenciado.

Outrossim, de acordo com Pinheiro (2021, p. 377) "existem serviços que gerenciam a rede social da pessoa, armazenando a senha do usuário ou, até mesmo, redes sociais que podem excluir o perfil ou transformá-lo em um memorial, sendo administrado pela família". Nos tempos atuais é

comum nos depararmos com perfis que foram convertidos em memorais, após o falecimento do usuário. Para tanto, essa alternativa disponibilizada por diversas plataformas digitais permite ao usuário escolher previamente a melhor opção para si, exercendo sua autonomia privada, e essas diretrizes são fundamentais para nortear os herdeiros na tomada de decisão em relação a gestão patrimonial.

O objeto da herança é o patrimônio, que é composto por bens e obrigações. Esses bens são classificados em: a) Corpóreos: todos os bens que possuem existência física e concreta, por exemplo: carro, casa e terreno. b) Incorpóreos: são todos os bens que não possuem uma forma física e não podem ser tocados pelo homem, mas mesmo sendo intangíveis tem valor agregado, como é o caso das marcas, patentes e dos direitos autorais (Burille, 2024).

Com isso, os bens intangíveis ganharam destaque na era digital, pois cada vez mais eles fazem parte da vida humana. Muitos bens que antes só existiam na forma física, passaram a integrar o meio digital. No passado, não se imaginava que um dia seria possível transformar uma biblioteca física em virtual, e que todos aqueles livros pudessem estar compactados num acervo digital, disponíveis para serem consultados a qualquer momento, hora e lugar do planeta. Rosenvald, Farias e Netto (2019, p. 930) esclarecem que "a desmaterialização é uma tendência irreversível, gostemos ou não. Nesse contexto, conforme frisamos, nota-se uma progressiva desmaterialização dos bens".

A transição dos bens físicos para digitais cresce exponencialmente, atingindo os diversos setores econômicos com uma nova abordagem de aquisição de produtos ou serviços. Porém, é necessário compreender que nem todos os bens digitais possuem valor agregado, alguns são estritamente de natureza existencial.

Esse veloz crescimento tecnológico trouxe conceitos inovadores, formas de adquirir e armazenar os bens digitais, os quais podem ser assim classificados na doutrina:

Jurídico Patrimoniais: são todos os bens incorpóreos que possuem valor econômico, por exemplo: milhas aéreas e criptomoedas.

Existenciais: não carregam nenhum valor econômico, são de cunho pessoal do usuário. Estão atrelados à intimidade e privacidade; um exemplo seriam as mensagens trocadas via rede social, algo que só diz respeito ao titular da conta, ou seja, caráter personalíssimo.

Patrimoniais-existenciais: essa classificação pode também ser chamada de híbrida, pois é quando o patrimônio se mistura com a vida privada e íntima do usuário, onde o perfil possui valor econômico e conteúdo personalíssimo, por exemplo: perfis dos influenciadores digitais (Burille, 2024).

Para Bruno Zampier (2021), durante a vida, muitas pessoas irão acumular bens corpóreos ou incorpóreos, podendo ser através das interações nas redes sociais, compartilhando sua vida por meio de fotos e vídeos, ou adquirindo serviços on-line. Isso quer dizer que todos os dias, em grande escala, é produzido patrimônio digital pelos usuários.

A transmissão do patrimônio digital após a morte do titular é um tema que gera muitos debates no âmbito jurídico. Garcia e Mader (2024) afirmam que as leis tradicionais não são claras em relação à sucessão dos ativos digitais e essa ausência de regulamentação específica no Brasil reflete nos distintos entendimentos adotados pelos tribunais.

Nesse viés, Almeida (2025, p. 3) menciona que: "a regulamentação das relações jurídicas no ciberespaço após a morte é um tema palpitante e em evolução e que tem recebido tratamento doutrinário e jurisprudencial distinto, tendo em vista a ausência de legislação específica [...]".

Corroborando o exposto, Laura Porto, membro da Comissão de Juristas para a reforma do Código Civil de 2002, afirma que: "[...] atualmente, nosso ordenamento jurídico não oferece uma resposta clara para essa questão, evidenciando a urgente necessidade de regulamentação. Mas como essa regulamentação deve ser desenvolvida?" (Porto, 2024, p. 1).

A herança digital atualmente está em pauta pela Comissão de Juristas responsáveis pela atualização do Código Civil Brasileiro de 2002, possibilitando que o campo do direito fique em harmonia com o mundo digital. De acordo com Paiva (2023, p. 30), "da mesma forma que um imóvel, por exemplo, precisa de um destino, o acervo digital também precisa de um tratamento adequado, trazendo segurança jurídica para o *de cujus* e os terceiros envolvidos".

Embora o Brasil não possua normas específicas no ordenamento jurídico para regular essa nova espécie sucessória, os legisladores já demonstram preocupação com o assunto alguns Projetos de lei já foram apresentados no Senado, a fim de suprir essa lacuna jurídica.

No próximo tópico, serão mencionados exemplos práticos de decisões judiciais aplicadas nos casos concretos no Brasil, que tratam de casos semelhantes, porém com abordagens distintas.

3. HERANÇA DIGITAL NOS CASOS CONCRETOS

Salienta-se que a herança digital é pauta de debates não somente no Brasil, mas também no mundo. Isso repercute nas decisões judiciais aplicadas, pois o cenário ainda é polêmico, com muitas dúvidas e controvérsias sobre como proceder nos casos concretos. Perpetuam indagações como seria a maneira correta para fazer a gestão da herança digital, a fim de amparar a família do *de cujus*, mas, ao mesmo tempo, respeitando os direitos de personalidade do falecido, no tocante à privacidade e intimidade.

No julgamento da Apelação Cível nº 1017379-58.2022.8.26.0068 da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, trata-se de um caso em que após a morte da filha, a mãe solicita o desbloqueio de seu celular para a empresa responsável, justificando ser a única herdeira e alegando ter direitos aos bens que sua filha deixou, isso inclui o acervo digital do aparelho. Ao final do processo, a mãe teve o seu direito reconhecido sobre o patrimônio digital da filha falecida, por decisão unânime.

No entendimento do relator do acórdão, desembargador Carlos Alberto de Salles conclui que:

> Apesar da inexistência de regulamentação legal específica, o patrimônio digital de pessoa falecida, considerado seu conteúdo afetivo e econômico, pode integrar o espólio e, assim, ser objeto de sucessão. "Não se verifica justificativa para obstar o direito da única herdeira de ter acesso às memórias da filha falecida, não se vislumbrando, no contexto dos autos, violação a eventual direito da personalidade da *de cujus*, notadamente pela ausência de disposição específica contrária ao acesso de seus dados digitais pela família. Acrescente-se, ainda, que não houve resistência da apelada ao pedido de transferência de acesso à conta da falecida, desde que houvesse prévia decisão judicial a esse respeito" (São Paulo, 2024, s.p.).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu de forma contrária ao Tribunal de São Paulo, em um caso semelhante, referente ao julgamento do Agravo de Instrumento 1.0000.24.174340-0/001, conforme ementa:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HERANÇA DIGITAL. BENS DIGITAIS EXISTENCIAIS. DESBLOQUEIO DE ACESSO APPLE PERTENCENTE AO *DE CUJUS*. PEDIDO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS DO FALECIDO. ACERVO FOTOGRÁFICO E CORRESPONDÊNCIAS GUARDADOS EM NUVEM. INDEFERIMENTO. VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE E DA IMAGEM DO FALECIDO. PROTEÇÃO À INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA DO *DE CUJUS*. AUTONOMIA EXISTENCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA. RECURSO NÃO PROVIDO.
> - A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, a proteção constitucional ao direito à intimidade (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).
> - A herança defere-se como um todo unitário, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, em que estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, denominada pela doutrina de "herança digital", desde que tenham valor econômico.
> - Os bens digitais patrimoniais poderiam ser, assim, objeto de sucessão, deven-

> do ser arrolados no inventário, para que se opere a transmissão causa mortis, enquanto em relação aos bens digitais existenciais (fotos, arquivos, vídeos e outros guardados em nuvem com senha), não seria possível dispensar tal tratamento, por se tratarem de questões vinculadas aos direitos da personalidade, intransmissíveis e de caráter eminentemente pessoal do falecido.
> - Eventual transmissão sucessória de acervos digitais particulares poderá acarretar violação dos direitos da personalidade, que são, via de regra, intransmissíveis e se perpetuam, mesmo após a morte do sujeito.
> - A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses em que houver relevância econômica, a justificar o acesso aos dados mantidos como sigilosos, pelo próprio interessado, através de senha ou biometria, sem qual quer menção a possibilidade de sucessão ou de compartilhamento.
> - Os dados pessoais do *de cujus* são merecedores de proteção jurídica no âmbito da Internet.
> - Se o falecido quisesse que outras pessoas tivessem acesso a seu acervo fotográfico, disponível apenas em "nuvem" digital, teria compartilhado, impresso, feito backup ou realizado o salvamento em algum lugar de livre acesso por terceiros (sem senha), repassado ou anotado a mesma em algum lugar.
> - Deve-se considerar a vontade manifestada pelo usuário em vida a respeito do destino dos conteúdos inseridos por ele na rede, no que for compatível com o ordenamento jurídico interno e com os termos de uso dos provedores, como forma de consagração de sua autonomia existencial. Na ausência de disposição de vontade, devem ser aplicadas as previsões contidas nos termos de uso dos provedores.
> - Recurso conhecido, mas não provido. (Minas Gerais, 2024, s.p.).

A inexistência de uma lei que ampare a herança digital de forma clara, faz com que os tribunais brasileiros tomem decisões distintas em casos muito semelhantes, conforme demonstrado com exemplos de casos concretos. Portanto, é evidente a urgência da regulamentação sobre essa temática, a fim de garantir a segurança jurídica para amparar os herdeiros, mas ao mesmo tempo respeitar os direitos da personalidade do *de cujus* e evitar decisões discrepantes. Em suma, no próximo tópico irão ser mencionadas as iniciativas legislativas, bem como os desafios encontrados na gestão dos bens digitais.

4. DESAFIOS NA GESTÃO DOS BENS DIGITAIS À LUZ DO DIREITO SUCESSÓRIO E OS PROJETOS DE LEI

Nas palavras de Lóssio (2023, p. 71): "a privacidade evoluiu ao ponto de direito já há algum tempo, mas, ainda assim, encontra-se num constante processo de fortalecimento diante da sociedade atual — a sociedade de informação". Em um mundo cada vez mais tecnológico, propiciar um ambiente digital confiável e seguro para os usuários é imprescindível.

Outro aspecto é a questão da segurança cibernética, que é essencial para proteção de dados pessoais sensíveis. Assim, torna-se crucial o papel desempenhado pela área jurídica, pois as plataformas digitais merecem atenção especial e um regramento legal eficaz e coeso para gerir com ética e transparência a coleta dos dados pessoais, a fim de minimizar os riscos e crimes cibernéticos.

Neste contexto, pode-se dizer que o Brasil vem evoluindo e o Congresso Nacional deu um passo importante ao sancionar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em 14 de agosto de 2018, Lei nº 13.709/2018, que dispõe, em seu art. 1º:

> 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.

Teixeira ressalta a importância da LGPD quando menciona que "o próprio Marco Civil da Internet reconhece a necessidade de uma lei específica para proteção de dados" (Teixeira, 2024, p.

110). Logo, o papel da LGPD é instituir no Brasil segurança e padronização das organizações ao coletarem os dados dos usuários, as quais devem estar alinhadas com a legislação vigente.

A LGPD é um marco importante para o direito digital, uma vez que busca regular o tratamento dos dados pessoais, promovendo segurança jurídica aos usuários nas relações virtuais, possuindo um regramento claro, específico e princípios visando que o ambiente online seja seguro e ético a todos para manter a integridade.

Mas, ainda que a LGPD assuma relevante papel no mundo virtual, porém, por si só não supre todas as demandas que a herança digital exige, e os desafios só aumentam quanto ao critério de transmissibilidade em relação ao patrimônio digital. Para garantir que a legislação brasileira consiga acompanhar o mundo digital, é importante compreender seus desdobramentos e a maneira em que o legislador encara essa realidade. Após realizar um levantamento das iniciativas legislativas, verifica-se que o assunto da Herança Digital foi abordado em diversos Projetos de Lei, todos com objetivo de criar uma lei específica para o tema.

Tabela 1 – Projetos de Lei.

Proposições	Ementa	Autor	Apresentação	Situação
PL 2664/2021	Acrescenta o art. 1857-A à Lei n° 10406, de 2002, Código Civil, de modo a dispor sobre a	Carlos Henrique	03/08/2021	Tramitando em Conjunto
PL 1144/2021	Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário.	Renata Abreu	30/03/2021	Tramitando em Conjunto
PL 1689/2021	Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas,	Alê Silva	04/05/2021	Tramitando em Conjunto
PL 410/2021	Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de	Carlos Bezerra	10/02/2021	Tramitando em Conjunto
PL 8562/2017	Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.	Elizeu Dionizio	12/09/2017	Tramitando em Conjunto
PL 4847/2012	Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro	Marçal Filho	12/12/2012	Arquivada
PL 3050/2020	Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.	Gilberto Abramo	02/06/2020	Aguardando Parecer
PL 5820/2019	Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil.	Elias Vaz	31/10/2019	Aguardando Apreciação

Proposições	Ementa	Autor	Apresentação	Situação
PL 4099/2012	Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil".	Jorginho Mello	20/06/2012	Arquivada

Fonte: Câmara dos Deputados (2024).

Em 2012 foi instituído o primeiro Projeto de Lei nº 4.099/2012, apresentado pelo Deputado Federal Jorginho Mello, com o propósito de padronizar os tratamentos adotados pelos tribunais brasileiros. No entanto, a proposta desse Projeto de Lei era realizar a transferência total do patrimônio digital do *de cujus* aos herdeiros. Atualmente, esse Projeto de Lei se encontra arquivado; após isso, tiveram outros com o objetivo de alterar a legislação, mas sem sucesso.

Fica evidente que, embora não tenha norma clara e específica, o legislador vem demonstrando preocupação com o assunto, em virtude da quantidade de Projetos de Lei que já foram apresentados e em sua maioria visando alterar os dispositivos do Código Civil Brasileiro de 2002; apenas o Projeto de Lei nº 410/2021 propõe modificar a redação da Lei do Marco Civil da Internet.

Em síntese, atualmente, encontram-se em tramitação na Câmara dos Deputados os seguintes Projetos de Lei nº 2664/2021; 1144/2021; 1689/2021; 410/2021; 3050/2021 e 5820/2019. Apura-se em sentido amplo que todos eles fazem menção à herança digital, embora divirjam em alguns aspectos em se tratando da redação a ser modificada.

Ademais, Burille afirma que há correntes de pensamentos divergentes, sendo assim: “duas tendências: (i) propostas que versam sobre a sucessão universal, isto é, a transmissão irrestrita e absoluta de tais bens; e (ii) propostas que distinguem situações jurídicas patrimoniais e existenciais, propondo a transmissão apenas em relação às primeiras” (Burille, 2024, p. 110).

Com tantas ideias distintas, vale ressaltar que o papel do legislador é indispensável nesse contexto, devendo achar soluções para ponderar tais questões e verificar qual a mais viável para o Brasil. Ainda que o país esteja caminhando a passos lentos para normatizar a Herança Digital, pode-se dizer que o cenário internacional se encontra bem mais avançado e alguns países do mundo já possuem regramento próprio para tal.

No cenário internacional, a regulamentação da herança digital está mais avançada em comparação ao Brasil, pois alguns países já adotaram normas legais para lidar com a questão. Nos Estados Unidos, as regras podem variar de Estado para Estado, embora muitos já tenham legislação específica. Alguns países Europeus como Alemanha, Reino Unido, França e Espanha promulgaram normas inerentes à transmissibilidade dos bens aos herdeiros post mortem; por outro lado, existem muitos países em fases iniciais como é o caso do Brasil.

Em 2023, o presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, elegeu uma Comissão de Juristas para atualizar o Código Civil Brasileiro de 2002. Essa reformulação das leis é necessária para acompanhar a evolução da sociedade. O Direito Digital é um dos protagonistas dessa reforma, alinhando o ordenamento jurídico com a realidade tecnológica.

A proposta de reforma prevê a inclusão de um livro exclusivamente voltado ao direito digital, contemplando dispositivos que visam regulamentar o patrimônio digital, herança digital, inteligência artificial entre outros.

Conforme a Subcomissão de Direito Digital apresenta o Capítulo V- Patrimônio Digital e sua redação determina que:

> Art. X. Considera-se patrimônio digital o conjunto de ativos intangíveis, com conteúdos de valor econômico, pessoal ou cultural pertencentes a um indivíduo ou entidade, existentes em formato digital. O que inclui, mas não se limita a dados financeiros, senhas, contas de mídia social, ativos de criptomoedas, tokens não fungíveis ou similares, milhagens aéreas, contas de games e jogos cibernéticos, conteúdos digitais como fotos, vídeos, textos, ou quaisquer outros ativos digitais, armazenados em ambiente virtual.

Após a comissão de juristas 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. Nessa linha, assegura-se que, em caso de morte, o patrimônio digital seja transmitido aos herdeiros, ressaltando a possibilidade de o titular elaborar um testamento digital e escolher qual será o destino final dos seus bens digitais quando falecer, ou seja, resguardando o direito de autodeterminação, preservando a intimidade e privacidade do indivíduo.

Importante reconhecer que a herança digital é interdisciplinar, relacionando-se a outros ramos do direito, além do cunho sucessório, permeia-se nas áreas de direito do consumidor, direito contratual, direitos da personalidade e o próprio direito digital, propiciando a grande revolução no Direito Civil.

De acordo com Laura Porto, uma das integrantes da Subcomissão de Direito Digital, "ponto relevante a ser destacado neste momento, é que os bens digitais que possuem valor econômico agregado, seja puro ou híbrido, integram a herança e devem ser transmitidos aos herdeiros" (Porto, 2024, s.p.). Desta forma, a inclusão dos ativos digitais no direito de herança e planejamento sucessório é imprescindível, visto que alguns possuem um significativo valor financeiro como por exemplo: criptomoedas, milhas aéreas, jogos online, biblioteca virtual entre outros.

Nesse sentido, para que a transmissão hereditária ocorra de forma segura é necessário que os titulares desses bens pensem em elaborar um planejamento sucessório, por meio de testamento, e em contrapartida as plataformas digitais devem desenvolver as políticas transparentes, éticas e práticas para facilitar a transferência aos herdeiros; no entanto, o arcabouço jurídico deve estar preparado para absorver e orientar os envolvidos nessas situações.

Dessa forma, ressalta-se a evolução no papel desempenhado pelas plataformas digitais e o dever de adaptação às regulamentações legais, em promover a segurança no mundo virtual, pois no passado a internet era considerada por algumas pessoas como *terra sem lei*, o que muitas vezes resultavam em condutas ilícitas, ou seja, era palco para os crimes virtuais trazendo consequências negativas na vida daqueles que eram atingidos.

O mundo virtual é um caminho sem volta e a era digital é uma revolução global trazendo transformações para a vida de qualquer indivíduo, pois tudo acontece muito rápido e com a capacidade de alcançar grandes proporções em questão de segundos com apenas um "clique". As interações são imediatas e a vida on-line é algo desafiador para o direito, porque achar soluções jurídicas para enquadrar os casos concretos que envolvem situações inovadoras e sensíveis é uma tarefa árdua.

Diante de todo exposto, é possível verificar que houve várias tentativas de Projetos de Lei que almejavam regulamentar o assunto. Atualmente, a herança digital é motivo de inúmeras discussões pelos civilistas contemporâneos no âmbito do direito digital, não havendo dúvidas sobre sua relevância. Certamente, há uma grande expectativa para que o anteprojeto da Reforma do Código Civil Brasileiro de 2002 seja aprovado em breve, minimizando os desafios na gestão da Herança Digital e assim regulamentado o Direito Digital em sentido amplo e provendo a interação com os demais ramos jurídicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A era digital instituiu um novo modelo de vida para a sociedade em uma dimensão global, modificando a maneira das pessoas se relacionarem, estimulou o desenvolvimento de novas profis-

sões que antes da internet não eram possíveis, vendas de produtos on-line, empresas de diversos segmentos passaram a atender de forma virtual, entre tantos outros avanços obtidos. Com isso, a sociedade expandindo-se ficando cada vez mais dependente das novas tecnologias.

Desta forma, as pessoas começaram a construir seus acervos virtuais, ao longo da vida foram acumulando fotos, vídeos, músicas, marcas, biblioteca virtual, canais no Youtube, Instagram, Facebook, criptomoedas, contas de e-mails, milhas aéreas, negócios digitais entre outros. Ainda que esses sejam bens de natureza intangível e incorpórea, muitos deles possuem elevado valor econômico, embora outros sejam meramente de caráter personalíssimo e sentimental. Outros ainda podem ser considerados bens híbridos, possuindo ambas as características, integrando o patrimônio digital.

O exponencial crescimento do mundo digital trouxe como resultado o aumento significativo das demandas e dúvidas para o campo jurídico. Nesse contexto, a herança digital não pode ser ignorada, havendo a necessidade de uma lei específica.

Conforme já mencionado, no Brasil não existe regramento jurídico para suprir os desafios na gestão da herança digital. O âmbito do direito sucessório, que regula de forma abrangente a herança, por si só, não resolve as questões da transmissão aos herdeiros da herança digital.

Quanto à transmissibilidade do patrimônio digital do de cujus aos herdeiros, atualmente é motivo de controvérsias na parte doutrinária e nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, pois nessa perspectiva deve ser levado em consideração diversas questões, como é no caso dos bens híbridos que possuem valor econômico agregado e conteúdo pessoal. A partir disso, é questionável quais os limites no momento da transmissão da herança digital.

Nesse sentido, existem pensamentos distintos: aqueles que entendem em linhas gerais que todos os bens digitais que integram o patrimônio digital devem ser transmitidos aos herdeiros, por outro lado, há aqueles que protegem os direitos da personalidade do de cujus com intuito de preservar a intimidade e privacidade, assim esses bens digitais personalíssimos não seriam transmitidos aos herdeiros.

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, vale ressaltar que as plataformas digitais também devem se adequar para promover maior segurança jurídica no ambiente virtual, algumas já permitem o usuário manifestar sua vontade, através das políticas de uso e segurança.

Em âmbito nacional já foram apresentados diversos Projetos de Lei que tem por objetivo regulamentar a temática no Brasil, mas divergem em suas ideias, o que acaba trazendo insegurança jurídica para o país.

Atualmente, vem sendo discutido desde 2023 a reforma do Código Civil Brasileiro de 2002, por uma Comissão de Juristas eleita pelo Senado Federal e tendo como presidente o ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça, com intuito de incluir um novo livro para regulamentar as questões relacionadas ao direito digital e assim a herança digital.

É imprescindível que o ordenamento jurídico tome uma decisão e se posicione de forma clara e específica, a fim de trazer segurança jurídica a todos. A herança digital necessita urgentemente de regulamentação jurídica, para amparar desde seu viés sucessório até as questões envolvendo os direitos fundamentais, para garantir a proteção dos direitos de personalidade do falecido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luisa Ferreira Lima. Herança Digital – Desafios e Perspectivas Digital. *Derecho Y Cambio Social*, v. 22, n. 79, 2025. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.org/index.php/revista/article/view/139. Acesso em: 19 fev. 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: 07 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. *Parecer n. 1 - Subcomissão de Direito Digital da CJCOCIVIL*. Brasília, 2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/34470bd2-bc45-4144-aa1c-7941d5488c0d. Acesso em: 19 out. 2024.

BURILLE, Cintia. *Herança Digital:* Limites e Possibilidades da Sucessão Causa Mortis dos Bens Digitais. Salvador: Editora JusPodivm, 2024.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: https://www.dicio.com.br/sucessao. Acesso em: 10 mar. 2025.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. *Novo curso de Direito Civil*: direito das sucessões. 7. v. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.1. ISBN 9786553625921. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553625921. Acesso em: 23 nov. 2024.

GARCIA, Fabiola Nunes; MADER, Renata Malachias Santos. A herança digital no direito. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 10, n. 11, p. 2269-2281, 2024. Disponível em: https://doi.org/10.51891/rease.v10i11.16652. Acesso em: 16 fev. 2025.

GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira *et al. Direito Civil*: Direito das Sucessões. Porto Alegre: SAGAH, 2021.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito civil*: direito das sucessões. 22. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

LÓSSIO, Claudio Joel B. *Proteção de dados e compliance digital*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (8. Câmara Cível Especializada). Agravo de Instrumento 1.0000.24.174340-0/001. Relator: Des. Delvan Barcelos Júnior, 22 de maio de 2024.

PAIVA, Ana Carolina Alves de. Herança digital e a morte do usuário: a violação ao direito à privacidade dos bens. R*evista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 88, abr/jun. 2023. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3978934/Ana%2BCarolina%2BAlves%2Bde%2BPaiva_RMP-88.pdf. Acesso em: 10 mar. 2025.

PINHEIRO, Patrícia P. *Direito Digital.* 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021.

PORTO, Laura. *A herança digital na proposta de atualização do Código Civil: Protegendo seu patrimônio digital*. Migalhas, 28 maio 2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/408156/a-heranca-digital-na-proposta-de-atualizacao-do-codigo-civil. Acesso em: 10 mar. 2025.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e Partilha* – Teoria e Prática. 6. ed., ver. atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto B. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1017379-58.2022.8.26.0068. Relator: Des. Carlos Alberto de Salles, 26 de abril de 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Reconhecido direito de mãe a patrimônio digital da filha falecida*. São Paulo, 2024. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=98073. Acesso em: 10 mar. 2025

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: Direito das Sucessões. 6. v. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Flávio. *Herança digital e sucessão legítima - primeiras reflexões*. Migalhas, 26 set. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/288109/heranca-digital-e-sucessao-legitima---primeiras-reflexoes. Acesso em: 16 out. 2024.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito digital e processo eletrônico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. v. 6, 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

WOLFGANG, Hoffmann-Riem. *Teoria Geral do Direito Digital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZAMPIER, Bruno. *Bens Digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

A INFLUÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO RUSSO NA FORMAÇÃO DA MENTALIDADE REVOLUCIONÁRIA DE RASKÓLNIKOV

THE INFLUENCE OF THE RUSSIAN LEGAL SYSTEM ON THE FORMATION OF RASKOLNIKOV´S REVOLUTIONARY MINDSET

*Miguel Ferreira Barroso**

Resumo: O presente artigo procura analisar a influência do sistema jurídico russo do século XIX na formação da mentalidade revolucionária do protagonista de Crime e Castigo, Raskólnikov, destacando como a injustiça e a ineficácia das leis contribuíram para a formação de uma forma de pensar que justificasse o crime em nome de um bem maior. Utilizando, principalmente, as teorias de Pachukanis, Engels e Pazello sobre o Direito, o artigo irá conectar a narrativa literária com a crítica jurídica, mostrando como a corrupção e a falha do Estado em manter a coesão social criaram condições ideais para o surgimento de ideais revolucionários. A análise demonstra que a ausência de justiça efetiva pode gerar uma forma distorcida de mentalidade revolucionária, que tenta se sobrepor às leis já estabelecidas.

Palavras-chave: Crime e Castigo. Sistema jurídico russo. Mentalidade revolucionária. Crítica ao Direito. Direito marxista.

Abstract: The present article seeks to analyze the influence of the 19th-century Russian legal system on the formation of the revolutionary mindset of Crime and Punishment's protagonist, Raskolnikov, highlighting how the injustice and inefficacy of the laws contributed to the development of a way of thinking that justified crime in the name of a greater good. Primarily using the legal theories of Pachukanis, Engels and Pazello, the article connects the literary narrative with legal criticism, demonstrating how corruption and the State's failure to maintain social cohesion created ideal conditions for the rise of revolutionary ideals. The analysis shows that the absence of effective justice can lead to a distorted form of revolutionary mindset, which attempts to supersede the established laws.

Keywords: Crime and Punishment. Russian legal system. Revolutionary mindset. Criticism of Law. Marxist law.

1. INTRODUÇÃO

"Nada se torna realidade na vida política de um país que não esteja presente antes no seu espírito literário". Com esta afirmação, Hugo von Hofmannsthal (2011, p. 159, *tradução própria*) destaca que a literatura tem o poder de prever os acontecimentos políticos de uma nação. Ele sublinha o papel das obras literárias como importante ferramenta de análise histórica. Isso acontece porque a literatura tem a capacidade de incorporar os acontecimentos e o pensamento da sociedade, desta forma antecipando os seus fenômenos políticos. As Letras de um país são, portanto, a expressão de sua essência social.

Com isto em vista, a análise de Crime e Castigo (Dostoiévski, 2013) e dos acontecimentos sociais reais que deram forma ao romance tornam-se essenciais para compreender os fenômenos políticos contemporâneos e subsequentes à época que foi escrito e que culminaram na revolução de 1917. Através do personagem Raskólnikov e dos dilemas morais que ele enfrenta, Dostoiévski oferece uma visão crítica das falhas do sistema de justiça russo e da possível radicalização que o Direito ineficiente e injusto pode causar na mente das pessoas.

É nessa intersecção entre Direito e Literatura que esse trabalho se encontra. Será examinado o papel do Direito na organização social e na formação dos comportamentos individuais para poder entender como a condição jurídica czarista contribuiu para a formação da mentalidade revolucionária presente tanto no romance de Dostoiévski, quanto na Rússia durante e após o período do livro.

O Direito, apesar de ser entendido por teóricos liberais como um mecanismo de regulação social que

* Graduando do 3º período no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4418922812983155. E-mail: miguelbarroso@ufrrj.br.

serve para garantir a paz e a estabilidade, pode ser olhado sob as críticas lentes do marxismo, que o define segundo a dinâmica de dominação de classes. Nesse sentido, Luiz Eduardo Motta (2019) diz que o Direito é um aparato para justificar a violência estatal e, citando Pachukanis, diz que o Estado se utiliza do sistema jurídico para criar sua base de ação arbitrária sobre as classes dominadas.

Ao olhar a Rússia do século XIX, em especial o período que antecedeu a revolução de 1917, percebe-se que o Direito demonstrou não ser um instrumento para garantir a justiça e a estabilidade social. O sistema jurídico russo estava corrompido e era amplamente ineficaz. Não protegia a população como um todo, mas apenas uma minoria aristocrática, deixando assim, maior parte da população à margem da justiça.

Nesse cenário caótico, desigual e injusto, Dostoiévski vai escrever Crime e Castigo, mostrando, através de Raskólnikov, essa situação, visto que o personagem é fruto direto do ambiente que vive. A teoria moral desenvolvida por Raskólnikov, que tenta justificar o assassinato que comete, pode ser olhada como uma resposta às limitações jurídicas e injustiças vividas pelo povo da época. Essa resposta, no entanto, não é individual, visto que, com Raskólnikov, Dostoiévski procura mostrar um tipo de revolta que estava presente em toda a Rússia do período.

Para conseguir abordar a complexidade do tema, este trabalho utilizará os conhecimentos de diversas disciplinas. Será combinado a análise histórico-jurídica do tema, juntamente com a análise literária. Inicialmente será realizada uma leitura crítica de Crime e Castigo, com foco nas questões sociais e jurídicas abordadas por Dostoiévski. A obra também será contextualizada historicamente por meio da análise do sistema jurídico da época, com base nos historiadores Richard Wortman e William Burnham.

A pesquisa também se baseará em teorias críticas do Direito, em especial de Evgeny Pachukanis, Friedrich Engels e Ricardo Pazello, para explorar o Direito não como forma de justiça, mas sim como de dominação de classe e exercício arbitrário do poder jurídico. Esse tipo de uso irá favorecer as classes dominantes em detrimento das menos favorecidas. No caso russo, ficará evidente que o Direito não apenas demonstrou não servir à justiça, como também ajudou a continuar a situação de desigualdade política e social.

Desta forma, neste trabalho, será utilizado um método multidisciplinar, combinando análise literária com análise histórica e com uma teoria crítica do Direito. Assim, o trabalho não irá apenas analisar a mentalidade de Raskólnikov, mas também como a obra pode ser vista como um reflexo dos acontecimentos políticos e, em especial, jurídicos de seu tempo. O objetivo central do artigo é demonstrar que o caos jurídico da Rússia czarista do século XIX teve um papel extremamente importante não apenas de indivíduos isolados, como Raskólnikov, mas também de uma sociedade inteira.

2. A HISTÓRIA DE CRIME E CASTIGO

Em Crime e Castigo (2013), Dostoiévski mostra alguns dias da vida de Rodion Raskólnikov, um estudante de Direito paupérrimo residente em São Petersburgo, o qual se vê obrigado a largar os estudos por conta de sua condição financeira, o que o faz mergulhar em um estado de isolamento. O pouco dinheiro que chega a Raskólnikov provém do árduo trabalho de sua mãe e irmã, que se sacrificam para sustentá-lo. Sem trabalhar e sem estudar na universidade, ele passa praticamente o dia inteiro no cubículo em mora, o que faz com que sua vida seja resumida em uma profunda solidão, e, ao que parece, ele mergulha em pensamentos um tanto quanto obsessivos.

Em um dos diálogos iniciais de Crime e Castigo (2013, p. 57) esse retraimento do protagonista é revelado quando Nastácia, empregada da senhoria de Raskólnikov, pergunta o que ele está fazendo, e ele responde que "está pensando". Seu comportamento é descrito como ensimesmado e "semelhante à hipocondria", dando a ele as características de alguém que está isolado do mundo exterior e imerso em seus próprios pensamentos e inquietações. Esse estado de soledade é agravado por

sua recusa de receber ajuda por parte de seu único amigo, Razumikhin, que procura lhe dar alguns trabalhos de tradução, que o protagonista recusa, preferindo ficar sozinho e dentro de sua solidão.

Dessas reflexões que faz estando sozinho emerge sua teoria moral, que mais tarde irá ser analisada, a qual vai fazê-lo decidir matar uma agiota, Aliona Ivanovna. Premedita, de maneira meticulosa, o crime e, quando acha que não há ninguém exceto ela no apartamento, procura-a fingindo querer penhorar um objeto e, em seguida, mata-a com um machado. Contudo, a irmã de Aliona chega de repente ao local, também sendo, então, assassinada por Raskólnikov, que temia que ela o denunciasse.

Após cometer esses dois assassinatos, ele rouba alguns itens da usurária e um pouco de dinheiro, que não é utilizado. Isso acontece pois o assassinato marca o início da luta moral de Raskólnikov em face do crime cometido e que o marcaria ao longo da trama. Ele não alcança a sensação de poder que imaginava que obteria com o crime. Essa luta moral está dividida entre a tentativa dele de justificar suas ações e entre seu sentimento de remorso.

Esse conflito é ainda mais marcante devido a presença de Porfiry Petrovitch, detetive encarregado de investigar o crime contra Aliona. Embora ele saiba que Raskólnikov é o criminoso e haja, ao que parece no livro, provas suficientes para o incriminá-lo, não pode o prender, devido ao sistema jurídico russo, que mais a frente também será analisado. Isso faz com que ele tenha que fazer uma abordagem com o objetivo de o fazer confessar o crime, manipulando as situações para pressionar o jovem.

Além da trama envolvendo os assassinatos, Crime e Castigo (2013) apresenta uma vasta gama de personagens ricos em detalhes e que cada um representa, de certa forma, os diferentes aspectos da sociedade russa. Um deles, Sônia Marmeládova, é uma jovem que entra para a prostituição com o objetivo de ajudar a sustentar a família. Sônia contrasta com Raskólnikov: enquanto ele é um símbolo de arrogância e com teorias que o colocariam acima da moral convencional, Sônia simboliza a fé, a humildade e a compaixão.

Outro personagem importante na trama e para a análise do contexto social e político russo é Arkádi Svidrigáilov, o antagonista do romance. Ele é um homem corrupto e moralmente mau, que procura utilizar da sua posição de riqueza para manipular as situações. Ele personifica o que acontece quando, em uma sociedade, os valores morais são ignorados e, em seu lugar, o poder econômico e o status permitem que as pessoas ajam como quiserem.

3. HERANÇA DIGITAL NOS CASOS CONCRETOS

Raskólnikov acreditava que algumas pessoas estariam sob um regime jurídico diferente das outras, estando permitidas a cometer os crimes que fossem. Essa teoria, também chamada de *napoleônica*, foi descrita por ele em um artigo, no qual ele argumenta que certos indivíduos excepcionais têm o direito de ultrapassar as leis para alcançar um bem maior. Segundo Raskólnikov, essas pessoas não apenas podem, mas devem, se necessário for, transgredir as normas estabelecidas em nome do progresso.

Eis o que o artigo diz, segundo as palavras do próprio Raskólnikov:

> [...] Eu aludi simplesmente a que uma pessoa 'extraordinária' tinha o direito... não oficial, é claro, mas o direito pessoal de permitir que sua consciência passasse por cima... de certos obstáculos [...]. Se as descobertas de Kepler e Newton não pudessem, devido a certas combinações nefastas, chegar ao conhecimento dos humanos de nenhuma outra maneira, senão mediante o sacrifício de uma, dez, cem ou mais vidas daquelas pessoas que impedissem tal descoberta ou constituíssem um obstáculo para ela, Newton teria o direito e mesmo a obrigação de... eliminar aquelas dez ou cem pessoas [...] (Dostoiévski, 2013, p. 282-283).

Essa declaração resume a crença central de Raskólnikov: a de que pessoas extraordinárias têm o direito de violar as leis morais e jurídicas para atingir objetivos grandiosos. Ele justifica essa posição referindo-se às grandes figuras da história humana, como Kepler e Newton,

cujas contribuições para a humanidade seriam, para ele, justificativas para as transgressões.

Ele continua sua explicação dizendo que há pessoas ordinárias e extraordinárias, além de dizer que todas as grandes personalidades da história humana foram criminosas, no sentido que infringiram as leis antigas para estabelecer novas. As pessoas extraordinárias são as que estão sujeitas a um sistema jurídico diferente, já as ordinárias seriam as pessoas comuns, estando no mundo apenas para a reprodução:

> […] todos os legisladores e constituidores da humanidade, começando dos mais antigos e arrolando Licurgo, Sólon, Maomé, Napoleão e similares, foram, sem exceção alguma, criminosos, apenas pelo fato de que, criando uma lei nova, eles infringiam a lei antiga, venerada pela sociedade e herdada dos pais, e não se importavam, sem dúvida, nem com o derramamento de sangue, contanto que esse sangue […] pudesse ajudá-los (Dostoiévski, 2013, p. 283).

Por fim, ele explica o que faria alguém uma pessoa extraordinária: "[…] e das pessoas propriamente ditas, [extraordinárias] das que possuem o dom ou talento para dizer, em seu meio, uma *palavra nova*" (Dostoiévski, 2013, p. 283). *Palavra nova* quer dizer a capacidade de sonhar com um mundo melhor, um mundo utópico. São essas pessoas, as que sonham com um mundo diferente, que estão permitidas a cometer quaisquer crimes.

Movido por essa ideia, ele decide matar a usurária. Ele acredita ser uma dessas pessoas extraordinárias e enxerga a agiota como meio para obter o dinheiro que precisa para continuar seus estudos e manter-se. Aliona, em sua mente, não tem valor real para a sociedade; portanto, seu assassinato não seria apenas justificável, mas um ato moralmente bom.

Como Raskólnikov sonha com um mundo irreal, utópico e melhor, tudo o que acontece nesse mundo real, por comparação, está errado, então ele teria o direito de cometer quaisquer crimes necessários para atingir o ideal. O regime jurídico, na visão de Raskólnikov, muda. Essa seria a síntese da mentalidade revolucionária.

Ao ler Crime e Castigo (2013), percebemos que Raskólnikov não é a única pessoa a pensar com base em teorias morais *napoleônica*s. Em uma das cenas do começo do livro, o protagonista entra em uma taberna onde escuta a conversa entre um estudante e um oficial. O estudante disserta sobre como o assassinato da usurária ajudaria a humanidade:

> […] mata-a e pega seu dinheiro para te dedicares depois a servir, com ele, toda a humanidade e a causa comum; achas mesmo que um crimezinho minúsculo não fica apagado com milhares de boas ações? Por uma só vida, milhares de vidas salvas da podridão e degradação (Dostoiévski, 2013, p. 93).

Dostoiévski mostra que, além dele, outros estudantes acreditavam que, para um ideal futuro, pode-se fazer o que quiser no presente. Isso reflete uma visão disseminada entre a classe intelectual da época.

Ao estudar a História, pode-se perceber que na Rússia, durante o período em que se passa Crime e Castigo e nas décadas seguintes, há uma enorme insurgência de organizações socialistas, anarquistas e revolucionárias em geral. São diversos os fatores que contribuíram para que isso acontecesse. Todavia, o objetivo do artigo é investigar de que maneira o Direito vigente durante o período pré-revolucionário do século XIX pode ter colaborado para a insurgência da mentalidade revolucionária presente na Rússia.

4. O DIREITO DA RÚSSIA DO SÉCULO XIX

4.1 A CONDIÇÃO JURÍDICA

O sistema jurídico russo do século XIX vinha praticamente inalterado desde 1705, quando foi formulado durante o governo do então imperador Pedro, o Grande, e tinha como objetivo diminuir ao

máximo o poder do juiz. Essa estrutura foi elaborada para restringir ao máximo o poder do judiciário, mantendo-o submisso ao poder estatal, o que reflete a desconfiança do monarca em relação à autonomia das cortes. O poder judicial era mínimo e as decisões dependiam, quase que de maneira integral, do controle estatal. Dessa forma, o judiciário funcionava como um mero instrumento de manutenção do poder aristocrático já estabelecido, sem qualquer tipo de compromisso com as necessidades e direitos da população e com o ideal de justiça (Burnham, 2002).

Uma das características mais marcantes desse sistema jurídico era seu modelo de condenação que exigia uma "prova completa" para a condenação de alguém. Isso limitava muito a capacidade de se obter justiça, pois as exigências eram frequentemente inviáveis. Segundo Burnham (2002), para que alguém fosse condenado, era necessário atender a uma das seguintes condições: (i) uma confissão judicial do acusado, ou feita à uma autoridade competente, que era considerada a "melhor prova"; (ii) o testemunho de duas testemunhas diretas, que tivessem presenciado o crime; ou (iii) evidências físicas, que, por sua vez, muito dificilmente eram consideradas provas completas, já que raramente poderiam ser relacionadas diretamente ao acusado. Isso significa que, na ausência de confissões ou testemunhas oculares, muitos crimes ficavam impunes, enquanto, de maneira absurda, confissões forçadas eram frequentemente obtidas, o que levava à condenação de inocentes.

Richard S. Worthman (1976, p. 241, *tradução própria*), em seu livro *O desenvolvimento da consciência legal russa*, descreve a situação da justiça nesse período da seguinte maneira: "O principal objetivo das velhas cortes era o de proteger o poder, interesses, e prestígio das autoridades administrativas ao invés dos direitos da população", além de dizer que a corrupção do processo legal era comum. Esse quadro de corrupção e abuso era generalizado, e essas práticas tinham por objetivo manter o sistema aristocrático, os favorecendo, e deixando a população comum em um estado de vulnerabilidade.

Outro aspecto muito importante desse sistema era a confiança na confissão como o principal meio de obter a condenação. Como resultado disso, muitos criminosos se recusavam a confessar seus crimes, sabendo que sem a confissão ou testemunhas diretas, as chances de serem condenados era extremamente baixa. Por outro lado, inocentes cediam, muitas vezes, à pressão das forças investigativas e confessavam, até mesmo, crimes que não cometeram. Isso ajudou a criar um ambiente de insegurança jurídica (Burnham, 2002).

Essa situação só começou a mudar com as reformas de Alexandre II, o Libertador, em 1894, que buscavam modernizar o sistema jurídico. No entanto, essas reformas ocorreram após o período em que se passa Crime e Castigo (2013), e sua implementação foi interrompida após o assassinato de Alexandre II. O seu sucessor, Alexandre III, foi marcado por um governo considerado reacionário, que interrompeu o processo de modernização. Assim, as reformas que poderiam ter introduzido um sistema mais justo e eficaz foram revertidas, e o ambiente de injustiça continuou a existir na Rússia czarista.

Diante desse panorama, fica claro que o sistema jurídico russo era incapaz de proporcionar a justiça. Em vez de proteger os direitos da população, o Direito russo era um instrumento de repressão, que servia aos interesses do Estado e da elite. A falha do Estado em garantir uma aplicação justa e imparcial das leis criou um ambiente em que a população se via desamparada e desprotegida.

4.2 A CONDIÇÃO JURÍDICA RUSSA EXEMPLIFICADA EM CRIME E CASTIGO

O sistema de provas russo, assim como mencionado, limitava a capacidade de investigação, exigindo confissões ou testemunhos diretos para se chegar a uma condenação. Esse sistema é muito importante para entender o papel de Porfiry, o investigador do crime contra Aliona. Embora ele saiba que Raskólnikov seja o assassino, ele não possui uma "prova completa", conforme o que era exigido. Isso vai levar Porfiry a uma abordagem *psicológica*.

Essa ineficácia do sistema de provas vai refletir a também ineficácia de todo o sistema

jurídico, no qual as confissões, em vez de serem obtidas de maneira justa, frequentemente resultavam em pressão psicológica ou, até mesmo, tortura. Raskólnikov, que era estudante de Direito, e, portanto, conhecedor dessas fraquezas do sistema, utiliza isso a seu favor. Ele vai retardar muito sua confissão, sabendo que Porfiry precisa dessa "prova completa" para prendê-lo. Ele apenas confessa devido a sua consciência moral.

O romance também mostra o fato de que, sob a pressão policial, muitos inocentes confessavam crimes que não haviam cometido. Isso é exemplificado em Crime e Castigo quando um trabalhador que estava no prédio no momento do assassinato de Aliona, confessa ter cometido o crime. Ele, um homem simples, cede à intensa pressão das autoridades, que o fazem acreditar que ele que teria cometido o crime, apesar de ser inocente. Antes de confessar, ele chega até mesmo a tentar suicídio. Isso mostra a corrupção e as práticas opressivas das forças investigativas russas, em que as confissões, mesmo que completamente imorais e ilegais, eram preferíveis a uma investigação adequada.

No caso de Raskólnikov, ele realiza sua primeira confissão não a uma autoridade policial, mas a Sônia, a jovem prostituta que ele confia. Apesar de ter feito uma confissão, no entanto, ela não tem nenhum tipo de valor jurídico, visto que não era feita dentro do que o sistema legal da época pedia. Para o sistema, a confissão só era válida se fosse feita a uma autoridade judicial.

Essa dinâmica entre um sistema opressivo e o desespero moral dos personagens é mostrada por Otto Maria Carpeaux, em sua *História da Literatura Ocidental*, que, ao citar os críticos literários Brandes, reflete sobre o impacto do despotismo czarista e da inquisição policial sobre os personagens de Dostoiévski. Ele observa que esses críticos chamaram a atenção para a corrupção gerada pelo czarismo. Segundo Carpeaux:

> Os críticos radicais, da família de Brandes, chamaram a atenção para a corrupção dessa gente pelo despotismo tzarista, para os horrores da inquisição policial e a miséria dos estudantes entre os quais Raskólnikov surge como um herói revolucionário (2008, p. 2046).

Essa interpretação expõe como Raskólnikov é uma representação, uma personificação, da juventude russa que, oprimida pelo sistema e pelas forças policiais, desenvolve uma mentalidade revolucionária, buscando novas formas de justiça.

5. O SURGIMENTO DA MENTALIDADE REVOLUCIONÁRIA COMO RESPOSTA À CONDIÇÃO JURÍDICA RUSSA

Em face da carência jurídica russa no qual o Estado se mostrava ausente, incapaz e injusto, os ideais revolucionários encontram em Raskólnikov sua personificação. Esses ideais, fundamentados na insatisfação com um sistema legal ineficaz, tornam-se uma forma de revolta contra as instituições que, em tese, deveriam garantir justiça, mas que, na verdade, serviam como instrumentos de opressão e controle social. Para muitos, assim como para Raskólnikov, o Estado russo não importava-se com a justiça, deixando, dessa maneira, a população em um sistema corrupto e injusto, o que fazia com que a revolta fosse um meio de solucionar, como último recurso, uma solução fora do Direito convencional.

Ricardo Pazello (2021), em seu livro "Direito insurgente: para uma crítica marxista ao direito", propõe uma visão em que o Direito reflete as dinâmicas de poder e desigualdades presentes no capitalismo, sendo não apenas um conjunto de normas para organizar a sociedade, mas também um instrumento que perpetua relações de dominação e alienação social. Para ele, o conflito entre legalidade e insurgência é algo central nas dinâmicas sociais, pois a luta por justiça muitas vezes ocorre fora das estruturas jurídicas formais. Ele diz:

> Dentro e fora da ordem, a movimentação operária constituirá a forma do movi-

> mento social subsumida ao capital, ainda que não estagnada sob seu jugo, já que entre a legalidade e a ilegalidade se apresentam as formas de revolta do proletariado, indicando que a insurgência é o vínculo que torna possível o contato entre reivindicações e contestações e, portanto, entre o direito e movimentos populares (Pazello, 2021, p. 36).

Isso mostra que indivíduos e grupos podem ser levados a buscar rupturas que transcendem a legalidade como forma de revolta da sociedade em face da injustiça do Direito. A teoria *napoleônica* de Raskólnikov é uma tentativa de justificar moralmente sua transgressão das normas legais, apresentando o crime como um meio de alcançar uma justiça superior. Assim como Pazello descreve a insurgência como a articulação entre reivindicação e contestação, Raskólnikov, ao internalizar as injustiças do Direito, procura romper com a ordem estabelecida e tenta construir um sistema alternativo de justiça baseado em sua visão pessoal.

Ademais, a corrupção e a opressão eram extremamente generalizadas na Rússia czarista e, como já foi citado, Richard Wortman disse que o principal objetivo das cortes não era a proteção dos direitos da população, mas sim a preservação do interesse da classe dominante (Wortman, 2011, p. 241). As instituições eram baluartes da injustiça, reforçando desigualdades. O Estado czarista, por meio de seu judiciário ineficaz, tornou-se cúmplice na institucionalização de um sistema que marginalizava a maioria da população. Raskólnikov, ao adotar para si a sua teoria napoleônica, responde a isso, tentando, dessa maneira, impor sua própria justiça em um sistema em que a maioria das pessoas haviam sido excluídas do Direito.

Na Rússia do século XIX, o sistema jurídico estava completamente desconectado das necessidades e dos valores da população, criando um ambiente de insegurança. As leis, que, segundo o Direito burguês, deveriam ser o meio pelo qual a justiça é alcançada, mostraram-se ferramentas de manutenção do poder, afastadas das demandas reais da sociedade. Essa desconexão é justamente o que explicaria por que muitos, assim como Raskólnikov, foram adotar uma visão revolucionária do mundo, acreditando que a mudança só poderia ser alcançada por meio da ruptura de normas já estabelecidas.

Com o descaso e corrupção judicial, o crime então se tornaria um meio legítimo para a obtenção de fins superiores e mesmo de alcançar o Direito. Para Raskólnikov e para outras pessoas de seu tempo, o Estado havia falhado tão profundamente que já não poderia mais ser visto como um guardião do Direito, mas sim, como um de seus violadores. Dessa forma, ceder aos ideais revolucionários tornou-se uma reação à opressão e à falta de perspectivas de melhora. O crime, para essas pessoas, se tornou uma forma de tentativa de transcender a estrutura do Direito injusto russo.

Por esse motivo que, como observa Otto Maria Carpeaux (2008, p. 2046), Raskólnikov surge como um "herói revolucionário", alguém que, embora falho em sua moralidade, propõe um mundo novo em um cenário em que as leis e instituições foram pervertidas com o intuito de proteger uma minoria mais privilegiada. Raskólnikov representa, então, uma ruptura com o sistema vigente, uma figura que, mesmo que inconscientemente, procura propor sua própria ordem. Embora sua revolta seja distorcida, ela é, de certo modo, um sintoma de um ambiente social em que as instituições já não ofereciam uma resposta válida para as injustiças enfrentadas pela população. Assim, ele personifica a sociedade, que foi traída do Direito, e começa a buscar soluções radicais para os problemas que o sistema legal foi incapaz de resolver.

Essa incapacidade do Estado de promover uma justiça adequada, não só marginaliza aqueles que já estão à margem da sociedade, como também os empurra para soluções extremas. A teoria de Raskólnikov, embora absurda, nasce nesse contexto de abandono, em que não há um sistema jurídico confiável.

5.1 O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA O MARXISMO

Antes de se fazer uma análise marxista mais aprofundada sobre a relação entre Direito e

injustiça, é primordial procurar entender qual é o conceito mesmo de justiça para o marxismo. Tal tarefa mostra-se difícil, devido ao fato de que, assim como discorre Vitor Sartori (2017), autores como Lênin e Pachukanis têm ideias diametralmente opostas sobre a questão. Não obstante, Marx não acredita que haja uma definição positiva de justiça que seja universal e válida em todos os contextos históricos e sociais.

Essa crença de Marx advém do fato de que, para ele, a justiça não é um conceito absoluto, mas sim um reflexo direto das relações de produção e das estruturas sociais vigentes. O que é considerado justo ou injusto está ligado à forma de organização econômica de cada período histórico. Para ele, a noção de justiça, no capitalismo, está vinculada à lógica da troca mercantil e à defesa da propriedade privada. Desta forma, o Direito burguês oculta as desigualdades materiais e mantém a dominação de classe ao estabelecer uma suposta igualdade formal entre as pessoas (Sartori, 2017).

Segundo Sartori (2017), Marx não propõe uma nova concepção positiva de justiça, mas sim a superação do próprio conceito tal como formulado na própria sociedade capitalista. A verdadeira transformação social não viria da busca por uma justiça abstrata, mas da abolição de classes.

5.2 UMA ANÁLISE MARXISTA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E INJUSTIÇA

"É impossível, igualmente, refutar o fato de que o direito é psicologicamente experimentado pelas pessoas, sobretudo na forma de princípios, regras e normas gerais". Pachukanis (2017, p.78), ao escrever isso, versa que as normas jurídicas são internalizadas como parte da experiência consciente das pessoas, que vivenciam o Direito através das regras, normas e princípios que moldam suas ações e atitudes cotidianas. Mas apesar de ele ser sentido pelas pessoas, Pachukanis acredita que isso não vai significar que isso seja o Direito ou o Estado, visto que o mesmo também é composto por sua forma material e, esses fatores, para ele, seriam necessários para enxergar o Estado e o Direito como são: uma forma de organização para dominação de classe.

Para ele, o direito burguês não é neutro, mas parte integrante de uma estrutura que serve para manter as relações de produção capitalistas e perpetuar as desigualdades de classe. Ele versa que o Direito não serve para promover uma justiça social e universal, mas apenas para refletir os interesses da classe dominante, que vai se utilizar do aparato legal para assegurar a sua posição de poder e controle sobre as classes exploradas. No contexto russo czarista, o sistema era um reflexo das relações de dominação da aristocracia sobre as classes populares, funcionando, desta forma, como um meio de preservar os privilégios da elite, marginalizando os demais membros da sociedade.

De maneira similar, Friedrich Engels compartilha uma visão do Estado como resultado das contradições de classe. Em sua obra, *Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, Engels (2023) procura mostrar que o Estado, e consequentemente o direito, não é uma instituição neutra, criada em prol do bem comum, assim como acredita Hobbes, por exemplo, mas sim um instrumento de dominação de uma classe sobre outra. Ele defende a ideia de que o Estado surge como um mecanismo necessário para mediar e garantir os interesses da força dominante, garantindo a continuidade das relações de produção já estabelecidas. No caso da Rússia czarista, a classe dominante era a aristocracia, que tinha privilégios às custas de um sistema agrário e servil, muito desigual. O Direito e o Estado serviam para reforçar as estruturas de poder e garantir a continuidade da exploração.

Esta análise de Engels é essencial para compreender o Estado russo, que, muito longe de ser um mediador imparcial, agindo segundo o interesse geral, agia diretamente para proteger os interesses da aristocracia czarista. No século XIX, esse sistema se mostrava uma força autoritária, que buscava conter, com mão de ferro, quaisquer ameaças a seu poder. Não sendo uma expressão de justiça, o Direito se tornou meio de opressão e controle sobre as classes inferiores. Novamente, o Direito, portanto, servia como forma de institucionalizar a desigualdade

e reforçar o poder dos grupos sociais "superiores".

A análise de Pachukanis encontra eco na crítica literária Crime e Castigo (2013). No romance, vemos a figura de Raskólnikov como alguém que, ao vivenciar a injustiça e a opressão das normas jurídicas e sociais de sua época, decide se colocar acima da lei. Sua ideia de que algumas pessoas extraordinárias têm o direito de transgredir as normas em nome de um bem maior pode ser lida como uma resposta ao fracasso do sistema jurídico russo em oferecer justiça. Assim como Pachukanis argumenta que o direito burguês perpetua a dominação de classe e não serve aos interesses da maioria, Raskólnikov percebe que o direito de seu tempo não protege os mais vulneráveis, mas sim os poderosos. Seu ato de violência e revolta, embora distorcido, pode ser visto como uma tentativa de romper com um sistema que ele considera intrinsecamente corrupto e injusto.

No entanto, ao contrário da crítica estrutural de Pachukanis, que enxerga o direito como parte de uma superestrutura que reflete as relações de produção, a ação de Raskólnikov é individual e movida por sua própria moralidade. Ele busca justificar seu crime com base em uma lógica pessoal, o que o diferencia da análise marxista, que vê o direito e a revolta contra ele como produtos das condições materiais da sociedade. Ainda assim, tanto em Pachukanis quanto em Dostoiévski, vemos uma crítica contundente à forma como o direito é utilizado para manter as desigualdades e como, em última instância, ele não consegue atender às demandas por justiça daqueles que vivem à margem da sociedade.

Ricardo Pazello (2021, p. 35) concorda com Engels e Pachukanis, acreditando que o Direito deve ser entendido, a partir das categorias da teoria valor-trabalho, como "relação social expressa em formas subsumidas ao processo de desenvolvimento do capitalismo". Isso significa que as leis não surgem para garantir justiça universal, mas para preservar as condições que possibilitam o acúmulo de capital.

Essas ideias vão mostrar a relação entre o Direito e a injustiça que, na perspectiva marxista, vai além das normas e princípios que regulam a vida social. O Direito, quando manipulado pela classe dominante, vai se tornar uma ferramenta de controle, que não serve para promover igualdade, mas para proteger os interesses de uma elite. Tanto Pachukanis, quanto Engels, não acreditam na falácia de um sistema que se apresenta como imparcial, mas que, na realidade, é construído para manter as estruturas de poder inalteradas. Ademais, Pazello enfatiza que o Direito, assim como diz Marx, é histórico. Ele muda conforme as condições econômicas e sociais.

6. CONCLUSÃO

Não há como negar a influência do sistema jurídico russo do século XIX sobre a formação da mentalidade revolucionária e os eventos subsequentes que culminaram na Revolução de 1917. Ao longo desse período, a estrutura jurídica russa foi incapaz de promover justiça de maneira equitativa, resultando em um país com muita desigualdade e marginalização social. Nesse ambiente de opressão, a classe dominante – representada pela aristocracia czarista – utilizou o Direito como um instrumento de controle, com as camadas mais pobres da sociedade ficando em uma situação de exclusão. Foi nesse cenário que surgiram os ideais revolucionários, como os personificados por Raskólnikov, o protagonista de Crime e Castigo. Dostoiévski, em Raskólnikov, não retrata apenas um criminoso, mas também um símbolo contra a opressão legal e social do seu tempo, mesmo que de uma forma distorcida.

A omissão do Estado russo em corrigir suas falhas e injustiças, teve um papel crucial na formação de uma mentalidade revolucionária que não via outra saída a não ser a ruptura com a ordem vigente. Esse sistema, como apresentado no artigo, extremamente centralizado e voltado para a preservação dos privilégios da elite, deixou grande parcela da população desprovida de qualquer tipo

de justiça ou de proteção legal. A consequência natural desse abandono foi o surgimento de um sentimento de desespero e revolta. O Direito, ao invés de servir como uma ponte para a coesão social, tornou-se um símbolo da exclusão, sendo incapaz de oferecer soluções aos problemas enfrentados pela maior parte da população. Raskólnikov é a representação literária desse tipo de rebeldia.

A trajetória de Raskólnikov revela um processo de radicalização que era comum entre os setores mais oprimidos da sociedade russa. Ao se deparar com a corrupção, a ineficácia e o desinteresse do Direito czarista em proporcionar justiça para todos, ele desenvolve uma teoria moral própria, justificando a transgressão das normas em nome de um bem maior. Sua ideia de que os "homens extraordinários" têm o direito de violar as leis em prol de um objetivo superior reflete uma crítica ao próprio sistema jurídico que, para ele, estava falido e representava a decadência da sociedade. O ato de matar a usurária é, em última instância, um ato de revolta contra um sistema que perpetuava a miséria e a opressão. Essa tentativa de transcender as leis impostas pode ser vista como uma reação direta à percepção de que o Direito não mais cumpria sua função essencial de promover justiça.

O abandono jurídico experimentado na Rússia czarista é um exemplo claro de como o Direito pode corroer a confiança da população nas instituições. A falha do Estado em garantir uma justiça, devido à sua própria natureza, vai criar as condições para surgir ideias radicais. A visão de Raskólnikov sobre a justiça - por mais distorcida que seja — representa o desejo de romper com a forma já instituída e construir uma nova ordem social.

Além de sua importância literária, Crime e Castigo oferece uma forma de compreender as tensões jurídicas e sociais que moldaram a Rússia. A análise do estado jurídico russo, juntamente com a trajetória de Raskólnikov, permite evidenciar como o Direito, por ser uma ferramenta manipulada em benefício de uma elite, contribui diretamente para a fragmentação social. A incapacidade do sistema jurídico foi um dos principais fatores que minaram a legitimidade do Estado, o que resultou numa radicalização política.

A relevância do romance transcende a sua época e oferece lições importantes para compreender as sociedades contemporâneas. As críticas feitas por Dostoiévski ao sistema jurídico russo ainda podem ser aplicadas aos Estados, em que o Direito é usado como ferramenta de exclusão e opressão. A justiça, em seu sentido pleno, só poderá ser alcançada quando o Direito for aplicado de maneira equitativa e imparcial, o que apenas é possível em uma sociedade sem classes.

Por fim, a trajetória de Raskólnikov em Crime e Castigo revela uma crítica atemporal à falência de sistemas jurídicos que, em vez de promoverem a coesão social, perpetuam a exclusão e a desigualdade. A história russa deve servir como um exemplo de como a negligência estatal e a corrupção podem levar à radicalização e ao colapso de um regime. Através da obra de Dostoiévski, podemos perceber a urgência de reformar as instituições, e, em sentido mais amplo, a própria sociedade.

REFERÊNCIAS

BURNHAM, W. *The Legal Context and Contributions of Dostoevsky's Crime and Punishment*. Michigan: 100 Michigan Law Review, 2002.

CARPEAUX, O. M. *A História da Literatura Ocidental, vol III*. Brasília: Senado Federal, 2008.

DOSTOIÉVSKI, F. M. *Crime e Castigo*. São Paulo: Martin Claret, 2013. Trad. Oleg Almeida.

ENGELS, F. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: EdiPro, 2023. Trad. Saulo Krieger.

HOFMANNSTHAL, H. V. *Hugo von Hofmannsthal and the Austrian Idea*. West Lafayette, Indiana: Purdue University Press, 2011.

MOTTA, Luiz Eduardo. Marxismo e a crítica ao Direito moderno: os limites da judicialização da política. *Revista Direito e Práxis*, [S.L.], v. 10, n. 2, p. 1118-1148, jun. 2019. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/29761.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017. Trad. Paula Vaz de Almeida.

PAZELLO, R. P. *Direito insurgente*: para uma crítica marxista ao direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Apontamentos sobre justiça em Marx. *Nomos*, Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 321-353, 26 set. 2017. Disponível em: http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/3056.

WORTMAN, R. S. *The Development of Russian Legal Consciousness*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

LEI MARIA DA PENHA E A INEFICÁCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA PROTEÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

MARIA DA PENHA LAW AND THE INEFFICACY OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN PROTECTING WOMEN VICTIMS OF DOMESTIC VIOLENCE

*Márcia Vieira da Silva**

Resumo: O presente artigo objetiva estudar pesquisas sobre a ineficácia da Lei Maria da Penha no combate a violência doméstica contra a mulher — fenômeno social e historicamente estruturado na sociedade. Trata-se de um problema complexo, e seu enfrentamento necessita da composição de serviços de naturezas diversas, demandando grande esforço de trabalho em rede. A lei Maria da Penha nº 11.340/2006, representa um marco importante na legislação brasileira, pois trouxe medidas mais rigorosas para coibir a violência contra a mulher. Contudo, apesar de ser reconhecida pela Organização das Nações Unidas como uma das legislações mais avançadas, o Brasil é o 5º país que mais mata mulheres no mundo. A partir dessa problemática, o presente artigo tem como objetivo geral analisar e identificar através do levantamento de dados, situações e variáveis, as falhas do Sistema de Justiça Criminal e os fatores impeditivos de aplicações práticas efetivas na proteção e no combate a violência doméstica contra mulher, especificamente a violência psicológica.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência Doméstica e Familiar contra Mulher. Violência Psicológica. Ineficácia do Sistema de Justiça Criminal.

Abstract: This article aims to study research on the ineffectiveness of the Maria da Penha Law in combating domestic violence against women — a phenomenon socially and historically structured in society. It is a complex problem, and its confrontation requires the composition of services of different natures, demanding a great effort of networking. The Maria da Penha Law No. 11,340/2006 represents an important milestone in Brazilian legislation, as it brought stricter measures to curb violence against women. However, despite being recognized by the United Nations as one of the most advanced legislations, Brazil is the 5th country that kills the most women in the world. Based on this problem, the general objective of this article is to analyze and identify, through the collection of data, situations and variables, the failures of the Criminal Justice System and the factors that prevent effective practical applications in the protection and fight against domestic violence against women, specifically psychological violence.

Keywords: Maria da Penha Law. Domestic and Family Violence against Women. psychological violence. Ineffectiveness of the Criminal Justice system.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca somar-se aos esforços de reflexão sobre a produção da justiça no campo dos estudos de gênero, discutindo os conceitos e classificações das diversas violências contra a mulher, bem como analisar a maneira como se perpetua o ciclo da violência em relacionamentos abusivos, que utilizam da violência psicológica como mecanismo de controle. Destacando além de outros aspectos, o tratamento dessa problemática na esfera do direito e da justiça criminal. Dessa forma, busca-se identificar os fatores impeditivos para que a Lei Maria da Penha produza seus efeitos de maneira efetiva.

A violência doméstica e familiar contra a mulher, problemática histórica e culturalmente estruturada na sociedade brasileira patriarcal e sexista, vem impactando a anos a vida de muitas mulheres. Essa construção cultural, política e religiosa, pautada nas diferenças entre os sexos, naturalizou e legitimou a assimetria de poder, justificando o domínio do homem sobre a mulher.

No contexto atual, a imposição desses valores e normas por uma sociedade que sempre subjugou a figura feminina e as colocou em posição de inferioridade em relação à masculina, contribui

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: vieiramarcia93@gmail.com.

para a manutenção da violência doméstica praticada por parceiros íntimos. E a exposição a esse tipo de violência traz sérios problemas para vida pessoal, familiar e profissional, resultando numa diversidade de danos físicos, psicológicos e relacionais ou até mesmo a morte.

De acordo com o levantamento realizado em 2023, pelo Comparativo Nacional de Violência contra a Mulher, em todo país é majoritária a percepção de que a violência doméstica aumentou nos últimos 12 meses (74%). Ainda, mostra que 68% das brasileiras têm uma amiga, familiar ou conhecida que já sofreu violência doméstica e cerca de metade (51%) das brasileiras acreditam que a Lei Maria da Penha protege apenas em parte as mulheres contra a violência doméstica e familiar (Senado Federal, 2023).

Logo, os dados demonstram que o tema de pesquisa é atual e extremamente relevante, tendo em vista que apesar de passados 18 anos da criação da Lei Maria da Penha, dos avanços e das boas ferramentas aliadas à Lei nº 11.340/2006, as efetividades práticas ainda são insuficientes.

Diante disso, partimos da seguinte problemática: para que serve o sistema de justiça criminal e quem esse sistema protege? Considerando que a justiça falha na proteção da mulher vítima de violência doméstica durante toda persecução penal. Convém ressaltar que no âmbito do Direito Processual Penal, apesar da Lei Maria da Penha ter sido promulgada em 2006, foi somente com a Lei nº 14.541/2023 que previu a criação e o funcionamento ininterrupto de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.

Objetiva-se estudar de maneira geral a lei Maria da Penha e como se dá às suas aplicações práticas, bem como os aspectos do Sistema de Justiça Criminal, buscando especificamente identificar e propor mecanismos para aplicação da Lei nº 11.340/2006 de maneira efetiva na proteção das mulheres.

Diante da necessidade de proteção das mulheres e após diversas lutas, em 7 de agosto de 2006 foi criada a Lei nº 11.340/2006. Em seu art. 5º dispõe que a violência doméstica é configurada como qualquer conduta, de ação ou omissão, baseada no gênero, que cause morte, lesão ou sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher:

> 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.

A Lei Maria da Penha, representa um marco importante na legislação brasileira, pois trouxe medidas mais rigorosas para coibir a violência contra a mulher. Além disso, o dispositivo legal reconhece diferentes formas de violência contra a mulher, não se limitando apenas à violência física, mas incluindo também a violência psicológica, moral, patrimonial e sexual. A sua criação foi um passo importante na promoção dos direitos das mulheres e no combate à violência de gênero no Brasil.

Contudo, embora seja reconhecida pela Organização das Nações Unidas como uma das legislações mais avançadas no combate à violência contra a mulher no mundo, o Brasil é o quinto país que mais mata mulheres. Evidenciando assim, a falha do Sistema de Justiça Criminal no combate a violência doméstica e a necessidade de identificar os fatores impeditivos para que a lei produza seus efeitos com eficácia, especialmente para combater a violência psicológica, fator de permanência em relacionamentos abusivos que evoluem para agressão física.

Apesar dos avanços alcançados, ainda nos dias atuais, a presença de resquícios de uma cul-

tura patriarcal, que tem em seu bojo a submissão da mulher, reflete no elevado índice de violência doméstica atual. Dessa forma, compreende-se a importância de aplicações práticas efetivas da Lei Maria da Penha conjuntamente com o Sistema de Justiça. Logo, faz-se necessário identificar e analisar os obstáculos e desafios que impactam direto ou indiretamente à sua implementação e as consequências sobre a vida das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Etapa 1: O Banco de dados utilizado na pesquisa foi o Portal de periódicos CAPES. Inicialmente foi pesquisado alguns dos seguintes termos individuais ou combinados entre si: "violência doméstica; violência contra a mulher; violência psicológica familiar; Lei Maria da Penha; Justiça Criminal; ineficácia do sistema de justiça criminal". Em seguida, foi procurado pelo termo: "Ineficácia do sistema de justiça criminal", no entanto, dos nove textos encontrados nenhum se enquadrou com a temática.

Ao pesquisar somente por *justiça criminal* apareceram vários arquivos, sendo selecionado alguns deles. Dentre os textos encontrados foi possível selecionar a princípio, 50 textos que mais se relacionavam com o objetivo da pesquisa. Quanto aos tipos de arquivos, a maioria foram artigos científicos, apareceu apenas uma monografia e pouquíssimas teses e dissertações.

Esta pesquisa caracteriza-se pela metodologia como de abordagem qualitativa, com método de procedimento de revisão bibliográfica, baseando-se na pesquisa em livros, revistas, legislações e notícias, foi realizado estudo dos preceitos da Lei Maria da Penha e análise teórica de sua aplicação. Embora tenhamos boas ferramentas aliadas à Lei Maria da Penha, as efetividades práticas ainda são insuficientes.

Etapa 2: Na sequência, para o refinamento foi selecionado textos da área do Direito, escrito no idioma português, que continham assuntos relacionados ao tema da pesquisa. Após a leitura dos resumos e introdução, foram selecionados os que tinham mais relação com o objetivo da pesquisa.

Durante a escolha dos arquivos, alguns dos textos não foram selecionados, em razão de não estarem alinhados com o objetivo da pesquisa. Como por exemplo os textos que abordavam especificamente sobre *Medida Protetiva de Urgência*, os que não discorriam sobre os tipos de violência ou a maneira como se davam. Também não foi utilizado os textos que diziam sobre a violência psicológica somente sobre o olhar da área da saúde, sem nada dizer sobre o prisma do Direito Penal.

Da mesma forma, não foram escolhidos os textos que tratavam de maneira mais detalhada apenas um tipo de violência. Por fim, além da análise detalhada do conteúdo, outro critério de qualidade para seleção dos artigos foi os publicados em periódicos com alto fator de impacto.

3. RESULTADOS

Em relação a quantidade de arquivos localizados, ao pesquisar os termos: ineficácia do sistema de *justiça criminal* foram encontrados nove textos; *justiça criminal*: 7.341 arquivos; *justiça criminal e Maria da Penha*: 43 arquivos; Lei Maria da Penha: 640 arquivos; *violência doméstica*: 5.081 arquivos; *violência contra a mulher*: 3.729 arquivos; *violência psicológica*: 810 arquivos; *Lei Maria da Penha; violência doméstica e familiar contra mulher*: 193 arquivos. Dentre os textos encontrados foi possível selecionar a princípio, 50 textos que mais se relacionavam com o objetivo da pesquisa. Divididos em cinco subtemas: *violência contra a mulher*; Lei Maria da Penha; *violência psicológica* e familiar; Sistema de *Justiça Criminal* e Direitos das mulheres.

Através dos resultados, constatou-se que há poucos arquivos voltados à pesquisa de campo, como documentos ou entrevistas. Assim sendo, a maior parte dos textos estão situados no cam-

po teórico e poucos para a análise de efetividade das aplicações práticas.

4. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Os dados colhidos foram analisados e discutidos com base nos artigos que mais se adequaram à pesquisa proposta mediante categorização. Para analisar a eficácia da Lei é necessário olhar para a realidade, através do levantamento de dados. Apesar dos avanços alcançados, ainda nos dias atuais, a presença de resquícios de uma cultura patriarcal, que tem em seu bojo a submissão da mulher, reflete no elevado índice de violência doméstica atual.

Dessa forma, compreende-se a importância de aplicações práticas efetivas da Lei Maria da Penha conjuntamente com o Sistema de Justiça. Logo, faz-se necessário identificar e analisar os obstáculos e desafios que impactam direto ou indiretamente à sua implementação e as consequências sobre a vida das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

4.1 DIREITO DAS MULHERES

Ao longo dos anos, os direitos das mulheres precisaram ser conquistados através de muitas lutas, de modo que, apenas há poucas décadas, passou a ser detentora de direitos e deveres. Com o intuito de reivindicar tais direitos, foi necessário demonstrar a violência com a condição de gênero, buscando assim a ressignificação das relações de poder (Carone, 2018). Como símbolo da luta histórica das mulheres por igualdade de direitos na sociedade, foi criado na década de 1970, pela Organização das Nações Unidas, o Dia Internacional da Mulher.

Através dos atos e reflexões dessas lutas surgiu a necessidade de estudos da violência de gênero, evidenciando a natureza das relações de poder estabelecidas entre homens e mulheres, nas conjugalidades e famílias, demonstrando a necessidade da elaboração de políticas públicas mais consistentes (Zuin e Mizusaki, 2018). Como bem pontuado por Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo (2008) trata-se da "luta histórica das mulheres pela igualdade de direitos e sua influência importante na vida pessoal de muitas mulheres".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi um marco muito importante mundialmente e a partir deste ato, Tratados e Convenções internacionais relacionados aos direitos das mulheres, passaram a ser assinados, influenciando a legislação interna dos países, como aconteceu com o Brasil (Zuin e Mizusaki, 2018).

Ainda, a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres, de 1979, foi o primeiro ato internacional em defesa da igualdade com o homem e fim da violência e discriminação contra as mulheres. No âmbito nacional, os movimentos feministas brasileiros desenvolveram articulações internas gerando assinaturas e ratificação de Acordos e Tratados internacionais e o reconhecimento de vários dispositivos na Constituição Federal de 1988 (Pasinato, 2014). O Brasil também foi signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará, de 1994), das Conferências Internacionais de Direitos Humanos (Viena, 1993) e Mulheres (Beijing, 1995).

A busca em desconstruir a ideia culturalmente imposta de gênero, que associava o feminino com fragilidade ou submissão, permitiu que a problemática da violência contra a mulher passasse a ser analisada com mais seriedade. Logo, foi a partir da militância feminista e as reivindicações dos movimentos sociais que se criou condições políticas necessárias ao reconhecimento da gravidade do fato e a necessidade de políticas públicas internas (Zuin e Mizusaki, 2018).

O Movimento Feminista, funcionou em *ondas*, a primeira onda aconteceu ao final do século XIX, onde buscavam-se a garantia dos direitos políticos, sociais e econômicos das mulhe-

res, que até então eram apenas dos homens; a segunda onda, surgiu após a Segunda Guerra Mundial, e as reivindicações femininas se voltaram para questões de corpo e sexualidade, inclusive ao direito à reprodução (Falcão, 2017).

Ainda, para Fraccaro (2018) teria uma terceira onda, pós-guerra, relacionada ao mercado de trabalho, visando garantir que as mulheres não tivessem suas atividades laborais restritas apenas ao serviço doméstico, mas pudessem trabalhar em outras funções e lugares.

Na luta por direitos igualitários aos homens, importantes progressos foram alcançados pelas mulheres entre os períodos de 1960 e 1970. As discussões relativas à divisão do trabalho em razão do sexo se intensificaram e o trabalho doméstico passa a ser considerado como um trabalho profissional, alterando a ideia de instituição da família (Falcão, 2017).

Outro fator essencial foi a Revolução Industrial, que colaborou para que alterações ocorressem no mercado de trabalho, ampliando as oportunidades para as mulheres na sociedade, fortalecidas pelas reivindicações de condições de vida e de trabalho mais dignas, bem como a participação feminina na política e na garantia de direitos igualitários, mas ainda era marcante a submissão de grande parte das mulheres ao homem, o que foi sendo minimizado somente no século XX (Borin, 2017).

O Movimento Feminista foi marcante e essencial para que diversos direitos fossem conquistados. Dentre eles, o de grande importância foi o direito ao voto, além de proporcionar maior acessibilidade à educação e ao trabalho (Zuin e Mizusaki, 2018). Como resultado dessas lutas, em 1981 foi fundada o SOS Corpo — Instituto Feminista para a Democracia com sede em Recife, que visava uma intervenção política nas instâncias públicas, demandando por resposta do Estado, que por sua vez, atendeu as reivindicações formalmente e em 1985 criou as Delegacias Especiais de Atendimento às Mulheres (DEAMs) inicialmente nas cidades de São Paulo e Recife.

A Constituição Federal de 1988 é tida, internamente, como o marco inicial do avanço formal de reconhecimento de vários direitos de cidadania em benefício das mulheres. Contudo, apesar dos avanços formais obtidos com a Constituição Federal, ainda: “há uma grande lacuna entre os direitos formais e os direitos de fato, excluindo largas parcelas da população feminina" (Pasinato, 2014, p. 408).

Jacqueline Pitanguy (2002) afirma que somente através da ação política é possível diminuir a distância entre leis e realidade. Logo, faz-se necessário articulações entre órgãos públicos, como por exemplo, a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República para implementação de Planos Nacionais de políticas para as mulheres. Além do desenvolvimento de ações de fortalecimento de *advocacy* pelos seus direitos, de monitoramento crítico das políticas públicas pela sociedade civil organizada e da atuação dos legisladores e do judiciário. Somente assim, aproximamos o plano normativo da vida real, tornando os direitos humanos das mulheres parte de seu cotidiano na família, no trabalho, na política, na sua vida reprodutiva e sexual.

No âmbito jurídico, a Lei nº 9.099/1995 e a criação dos Juizados Especiais Criminais, foi um marco importante no combate a violência doméstica contra a mulher, como resposta à necessidade de ampliar o acesso à Justiça, no período em que consolidação democrática da sociedade brasileira se efetivava nos direitos sociais pela Constituição de 1988. No entanto, apesar de sua grande importância, os crimes de lesão corporal e ameaça, praticados contra a mulher, eram definidos como delito de “menor potencial ofensivo”, cuja penalidade máxima não ultrapassa dois anos de reclusão, além das incessantes tentativas de conciliação entre as partes. Consequentemente, a maioria dos casos de violência doméstica terminava em arquivamento justificado pelo bem da harmonia familiar, sem que as mulheres encontrassem uma resposta efetiva do poder público (Carone, 2018).

Pelo fato dos conflitos conjugais não serem analisados pelos aplicadores do direito sobre o viés sociológico e cultural, tais crimes eram banalizados e considerados de “menor potencial ofensivo”, desconsiderando qualquer relação de poder envolvida na relação afetiva violenta. Com

isso, a potencialidade lesiva perpetuava-se durante anos impactando diversas áreas da vida da mulher. A partir dessa problemática, os movimentos feministas se articularam para demonstrar que apenas os Juizados Especiais Criminais não seria suficiente para enfrentar a complexidade e as especificidades da violência de gênero (Carone, 2018).

Assim sendo, a atuação do movimento feminista no Legislativo Federal foi essencial para que posteriormente a Lei nº 11.340/2006 fosse aprovada. Tal dispositivo legal, trouxe medidas mais rigorosas para coibir a violência contra a mulher, reconhecendo diferentes formas de violência e não se limitando apenas à física, mas incluindo também a violência psicológica, moral, patrimonial e sexual, sendo um importante marco na promoção dos direitos das mulheres e no combate à violência de gênero no Brasil (Carone, 2018).

Convém ressaltar que percebe-se no termo mulher "em situação de violência", constante em diversos dispositivos da Lei nº 11.340/2006, aspectos da violência como o patriarcado, os fatores culturais que impõe a dominação masculina e a subordinação feminina no âmbito doméstico (Zuin e Mizusaki, 2018).

Neste sentido, Renata Alves da Silva (2016) ressalta a importância dos estudos sobre relações de gênero para dar visibilidade às mulheres e problematizar os padrões pré-estabelecidos nas construções sociais e culturais do sistema patriarcal, que centraliza o poder nas mãos dos homens. Essa construção social tende a definir os papeis sociais e os controles dos corpos femininos e a culpabilizar a mulher pela violência sofrida e transferir a responsabilidade para a ofendida pelas agressões causadas por seus companheiros.

Apesar dos avanços significativos através de muitas lutas e movimentos sociais, atualmente, além de buscar a garantia dos direitos, é necessário permanecer vigilante para que os direitos já conquistados não sejam derrubados. Em suma, a eficácia da Lei Maria Penha está intimamente ligada à efetividade dos direitos humanos das mulheres, que não aceitam estar em condição de inferioridade, dependência e subordinação.

4.2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A violência doméstica contra a mulher é um fenômeno social e historicamente estruturado na sociedade, que gera impactos em diversas áreas da vida, tanto no trabalho e nas relações sociais, quanto na saúde física e psicológica. Por não apresentar marcas físicas, a violência psicológica acaba sendo uma das formas mais frequentes de agressão à mulher. Isso porque, na maioria dos casos a violência psicológica é condição de permanência em relacionamentos abusivos que normalmente progride para a física.

Para Nucci (2013), a violência configura qualquer forma de constrangimento ou força, física ou moral. Portanto, não se trata apenas de violência física, mas envolve também a violência moral e psicológica, que traz profundas consequências ao seu íntimo, a autoestima e a imagem. Embora as formas de violência contra a mulher sejam as mais variadas, os processos penais listam os crimes de ameaça, lesões corporais, homicídio, estupro, atentado violento ao pudor, sendo os dois primeiros os mais predominantes (Freitas, 2013).

Também encontramos no âmbito familiar a violência sexual, que de acordo com dados da Organização Mundial da saúde — OMS apresentado por Dias (2007), 69% das mulheres já foram agredidas ou violadas. A subordinação da mulher ao homem leva a acreditar que deve ceder a todos os seus desejos, quando e onde quiser, como se um objeto fosse, não tendo liberdade sobre seu próprio corpo (Dias, 2007).

A habitualidade destes crimes remete, dentre as principais causas, aos crimes de poder: a

natureza das relações interpessoais entre as partes; a banalização e a incorporação do uso sistemático da violência para a resolução de conflitos cotidianos, as diversas situações de hierarquias que permeiam as relações de afetividade (Bandeira, 2009).

A violência é um sério problema social, que faz parte do cotidiano de muitas pessoas, o que não é algo recente, mas remete a tempos remotos, sendo fonte de grande sofrimento, por se tratar de um fenômeno que pode atingir qualquer pessoa. Atualmente há um crescente desenvolvimento dos estudos e pesquisas voltadas para minimizar este problema (João e Lourenço, 2017).

Borin (2017) entende a violência doméstica contra a mulher como algo construído culturalmente, pois a formação social caminha paralelamente à ideia de submissão feminina que ocorreu historicamente e vem sendo gradativamente 32 vencida na atualidade, mas que apresenta ainda alguns resquícios da cultura machista que perdurou por muitos séculos. Assim como qualquer outra modalidade, a violência doméstica representa um problema social muito sério e que pode gerar profundos prejuízos à mulher, sejam físicos ou psicológicos, ferindo direitos fundamentais das mesmas, que passam a assumir um papel de maior fragilidade diante dos sofrimentos gerados em seu próprio lar.

Percebe-se que a violência doméstica é algo muito complexo, que gera uma série de consequências, que precisam ser superadas, o que não é tarefa fácil, sendo muitas vezes, necessária uma intervenção psicológica à vítima, para que alcance o bem-estar e qualidade de vida, minimizando assim, o sofrimento psíquico da mulher.

4.2.1 Classificação

A violência assumiu formas e conteúdos diversos em diferentes sociedades e contextos históricos. É um fenômeno que transcende ao tempo e ao espaço geográfico. Acomete diferentes culturas e classes sociais, ainda que seu impacto possa ser sentido com maior vigor nos grupos considerados vulneráveis e em países periféricos ao desenvolvimento capitalista mundial (Meneghel *et al.*, 2013).

De acordo com Santos (1996) a violência doméstica e familiar contra a mulher trata-se de uma relação social caracterizada pelo uso da coerção ou força,que impede o reconhecimento do outro, provocando danos e sendo o oposto do que deveria ser uma sociedade democrática contemporânea. A Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências designa que em relação a sua natureza "há diversas formas de expressão da violência: agressão física, abuso sexual, violência psicológica e violência institucional" (Brasil, 2001, p. 3).

Logo, a violência doméstica e familiar contra a mulher pode manifestar-se de várias formas. Através da violência física direta com socos, chutes, tapas, estrangulamento, beliscões, puxões de cabelo ou indireta com arremesso de objetos, uso de instrumentos como armas, como cintos, utensílios domésticos. Por meio da violência psicológica, com ameaças, intimidações, humilhações, controle excessivo, isolamento social, manipulação emocional, insultos e depreciação (Coelho, Silva e Lindner, 2014).

Ainda, por meio de violência de cunho sexual, com uso de coerção para atividades sexuais indesejadas, estupro, abuso sexual, recusa ao direito de uso de métodos contraceptivos. Patrimonial ou econômica, através de controle financeiro, impedimento de acesso aos recursos financeiros, destruição de pertences, impedimento de trabalho ou estudo ou moral, ao proferir calúnias, difamações, críticas destrutivas, disseminação de boatos, desvalorização (Coelho, Silva e Lindner, 2014).

Na maioria dos casos, a violência física é acompanhada por outras formas de abuso, como violência psicológica, moral, sexual ou patrimonial. Logo, não é um ato isolado, faz parte de um padrão mais amplo de controle e poder por parte do agressor. A violência psicológica tem como objetivo controlar, manipular ou prejudicar emocionalmente a vítima, causando cicatrizes profun-

das à sua saúde mental (Coelho, Silva e Lindner, 2014).

Na maioria dos casos, a violência física é acompanhada por outras formas de abuso, como violência psicológica, moral, sexual ou patrimonial. Logo, não é um ato isolado, faz parte de um padrão mais amplo de controle e poder por parte do agressor. A violência psicológica tem como objetivo controlar, manipular ou prejudicar emocionalmente a vítima, causando cicatrizes profundas à sua saúde mental.

A violência sexual refere-se a qualquer ato sexual não consensual cometido por um parceiro íntimo, cônjuge ou familiar. Esse tipo de violência é uma forma grave de abuso, configurando violação grave dos direitos humanos. A violência patrimonial está relacionada com dano ou apropriação indébita dos bens, recursos financeiros ou patrimônio da vítima por parte do agressor. A violência patrimonial contribui para a dependência econômica, tornando mais difícil para ela buscar ajuda ou deixar o relacionamento (Coelho, Silva e Lindner, 2014).

Assim sendo, diante dos muitos tipos de violência às quais as mulheres estão submetidas, é necessário encorajar as vítimas para que busquem as autoridades do Estado para registrar a violência e também medidas públicas para dissuadir potenciais agressores.

4.2.2 O ciclo da violência

A violência doméstica e familiar contra a mulher, passa por um ciclo vicioso, com padrão recorrente de comportamento em relacionamentos abusivos, divididos em três fases: acumulação de tensão, explosão ou incidente violento e lua de mel. Vale ressaltar que nem todos os relacionamentos abusivos seguem esse padrão na mesma sequência, e os estágios podem variar em intensidade e duração (Santos, Souza e Marcolin, 2023).

Na primeira fase, conhecida como fase da acumulação da tensão, inicialmente, o estresse no relacionamento aumenta gradativamente e surgem os pequenos conflitos e discussões, envolvendo críticas, insultos ou comportamentos controladores. Nesta etapa, a vítima pode sentir-se ansiosa e evitar o agressor como forma de conter a escalada da tensão. Se caracteriza por mudanças repentinas no estado de ânimo do agressor, acarretando assim, em provocações ou incômodos à vítima. Além disso, esta irritabilidade encontrada no indivíduo violento vai se agravando sem motivos aparentes para com a vítima, podendo surgir deste fato, episódios de violência verbal e, consequentemente, um estado de tensão máxima (Santos, Souza e Marcolin, 2023).

De acordo com alguns autores, tais como Caldeira (2012), esta fase inicial pode durar dias ou até mesmo anos não evoluindo no ciclo, caracterizando a relação como possuinte de pequenos atritos seguidos de tréguas, onde a violência física não chega a acontecer e, a vítima por sua vez, tende a acalmar o agressor, crendo que, ao se mostrar dócil, pode conter a sua raiva.

No que diz respeito à segunda fase, chamada de fase da explosão ou incidente violento, a tensão atinge um ponto crítico, resultando em um episódio de violência física, verbal ou emocional. O agressor libera a tensão acumulada por meio de agressões. A vítima experimenta abuso, que pode variar de agressões físicas a ameaças e humilhações verbais. Após o incidente violento, o agressor pode expressar remorso, culpa ou tentar justificar suas ações (Caldeira, 2012).

Caracteriza-se como o momento em que a violência física ocorre. Todas as tensões acumuladas na primeira fase são descarregadas de forma incontrolável neste instante, além disso, os episódios violentos podem variar em intensidade e duração, embora esta fase seja a mais curta, cessando apenas quando o agressor se dá conta da gravidade de suas ações e/ou quando a vítima necessita de auxílio médico ou houve intervenção de algum indivíduo (Santos, Souza e Marcolin, 2023).

Caldeira (2012) alega que, nesta fase, o objetivo do agressor é demonstrar a sua superioridade perante a vítima. Essa, por sua vez, percebe neste momento que não tem qualquer controle

sobre a situação que enfrenta e que outros episódios desta natureza irão ocorrer mesmo que ela aja conforme as expectativas de seu agressor. Ainda citando Caldeira (2012, *apud* Borin, 2007); Rosmaninho (2005); Tavares (2008), depois destas ocasiões é comum haver um período de negação e justificativas caracterizado pelo choque.

Por fim, a terceira e última fase, conhecida como fase da lua de mel, após a explosão, é o momento do arrependimento e da reestruturação do relacionamento ou da relação conjugal (Caldeira, 2012). Nessa fase, o agressor busca compensar a vítima pelos malefícios que causou a ela, pois se dá conta das infrações que cometeu, ocorrendo um período de calma e aparente reconciliação.

Nessa situação, tanto o autor da agressão pede desculpas pelos seus atos, tem atos carinhosos, presenteia e promete mudança quanto a vítima perdoa-o acreditando que situações parecidas não voltarão a acontecer, embora no fundo, tema que ocorram. Como é de se esperar, a tensão que estava entre o casal começa a desvanecer, mas, por se tratar de um ciclo, essa volta a se acumular, repetindo novamente todas as fases, perpetuando o ciclo (Santos, Souza e Marcolin, 2023).

4.3 LEI MARIA DA PENHA Nº 11.340/2006

Antes da Lei Maria da Penha ser aprovada, os crimes de violência doméstica contra a mulher eram tratados pela Lei nº 9.099/1995, que definia os crimes praticados contra a mulher, tais como lesão corporal leve e ameaça como delito de menor potencial ofensivo, considerados como delitos de menor importância. Consequentemente, a maioria dos casos de violência doméstica terminava em arquivamento visando a harmonia familiar, sem que as mulheres encontrassem uma resposta efetiva do poder público. (CARONE, 2018).

A atuação do movimento feminista no Legislativo Federal foi essencial para que a Lei nº 11.340/2006 fosse aprovada. Tal dispositivo legal, trouxe medidas mais rigorosas para coibir a violência contra a mulher, reconhecendo diferentes formas de violência e não se limitando apenas à física, mas incluindo também a violência psicológica, moral, patrimonial e sexual. Sendo um importante marco na promoção dos direitos das mulheres e no combate à violência de gênero no Brasil.

Contudo, embora seja reconhecida pela Organização das Nações Unidas como uma das legislações mais avançadas no combate à violência contra a mulher no mundo, o Brasil é o 5º país que mais mata mulheres. Evidenciando assim, a falha do sistema do sistema de justiça criminal no combate a violência doméstica. Muitas são as implicações envolvendo o fenômeno da violência doméstica contra a mulher, com a repercussão de casos nos meios de comunicação e atingindo a sociedade de uma maneira geral.

4.4 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A violência psicológica é um dos tipos de violência doméstica e familiar sofridos pela mulher com maior frequência, culminando diversas vezes em agressão física. Ao analisar os casos de agressão física na relação conjugal, todos eles passaram pelo ambiente em que a violência psicológica estava instalada (Portela, 2021).

O inciso II do art. 7º da Lei Maria da Penha, define violência psicológica como:

> 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 ameaças, 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.

A psiquiatra e pesicoterapeuta de família Marie-France Hirigoyen (2006), ao estudar a dinâmica das relações quando a violência psicológica encontra-se instaurada, a categorias em manifestações distintas: controle; isolamento; ciúme patológico; assédio; aviltamento; humilhação; intimidação; indiferença às demandas afetivas; e ameaças. São comportamentos que eclodem de forma gradativa e cumulativa, abalando a autoestima, a segurança e a confiança da mulher. O silêncio e as expressões ameaçadoras veladas imprimem sofrimento a ponto de a vítima perder a capacidade de reconhecimento do próprio potencial (Portela, 2021).

A possibilidade de uma nova briga, uma nova crise de ciúmes e a convivência dessas manifestações, mesmo sem a presença do ato amedrontador, já causa medo e ansiedade, pois "[...] a antecipação do golpe pode fazer tanto mal ao psiquismo quanto o golpe realmente dado, que é reforçado pela incerteza em que a pessoa é mantida, sob a realidade da ameaça" (Hirigoyen, 2006, p. 41).

Com o tempo, a mulher passa a ser cada vez mais dependente do companheiro, comportando-se de forma obediente; não procurando mais a família e os amigos para ajuda. Com o isolamento social provocado, tende a interiorizar as opiniões do companheiro sobre as pessoas, o mundo e sobre si própria, baixando mais a sua autoestima. E, em qualquer momento que a mulher o desagrade, o provoque ou se rebele, começam as humilhações, as ofensas e as ameaças de quebra do vínculo relacional, ou seja, a possibilidade de abandono (Portela, 2021).

Soraia Rodrigues e Anderson Chalhub (2009) destacam um sentimento comum nos relacionamentos disfuncionais: o medo de ficar sozinha. Desenvolvendo assim, a ansiedade da separação e uma ilusão de permanência, pois o sentimento de pertencimento vem acompanhado do medo de perder. Assim, quando a mulher se encontra em um relacionamento de codependência, a percepção da perda é permanente e todo movimento do outro é percebido como abandono, desprezo ou desamor (Faur, 2012).

Outra conduta comum por parte da mulher, é que ela passa a se desculpar socialmente e passa a se culpar pelo comportamento do companheiro. Com a negação ou justificação de tais condutas por parte do homem, a mulher torna-se conivente com ele, legitimando suas atitudes e, por fim, contribuindo para que a violência se assente cada vez mais. É um ciclo de autodestruição e esfacelamento de relações afetivas (Portela, 2021). Assim, sentimentos de negligência e derrota em relação a si e ao parceiro retroalimentam comportamentos co-dependentes, causando dor e sofrimento aos envolvidos (Beattie, 2019).

Para Hugo Souza e Latif Cassab (2010), a violência psicológica pode ser considerada como a mais perversa — entre outros tipos de violência ocorridas no âmbito doméstico, em decorrência das marcas irremediáveis que deixa, perdurando por muito tempo ou, às vezes, por toda a vida da mulher. É um misto de esperança e decepção, daí o caráter cíclico desse tipo de relacionamento, tornando-o um ciclo vicioso.

A mulher submetida a esse tipo de agressão, começa a se comportar de maneira passiva e não tenta enfrentar a situação, mesmo quando há oportunidade de superá-la, levando a crer erroneamente, que não tem controle da situação e não há como fazer mudanças (Rodrigues, 2018). Com isso, a violência psicológica produz um profundo desgaste psicológico, que vai deteriorando a personalidade da vítima (Martos, 2006).

Diante de um contexto social em que a violência "naturalizada" contra mulher envolve proporções muito além da violência física, configurando um problema bem mais profundo, revela-se fundamental que o Estado também se atenha à dimensão psicológica da violência contra a mulher que além de afetar a saúde da mulher, costuma ser precursor da violência física.

Verifica-se que a violência psicológica, por si só, já se mostra extremamente gravosa, especialmente porquanto apta a provocar danos ao equilíbrio psicoemocional da vítima, privando-a de autoestima e autodeterminação. Ainda, a reiteração desse tipo de violência implica: "lenta e contínua destruição da identidade e da capacidade de reação e resistência da vítima, sendo comum que

progrida para prejuízo importante à sua saúde mental e física" (Ávila *et al.*, 2021, p. 8).

Os agressores costumam utilizar-se desse tipo de violência como mecanismo de mantê-las no relacionamento abusivo e evitar que denunciem. A maioria das vítimas, sequer se dão conta de que configuram agressões por seu parceiro. O fato de a violência psicológica finalmente ser reconhecida por meio de uma lei constitui-se num importante avanço no combate a todos os outros tipos de violência. Mas, de outro lado, a violência psicológica ainda está longe de ser considerada pelos serviços públicos de saúde e instituições policiais como uma problemática social grave (Rodrigues, 2018).

Portanto, a violência familiar gera impactos em diversas áreas da vida, tanto no trabalho e nas relações sociais, quanto na saúde física e psicológica. Por não apresentar marcas físicas, a violência psicológica acaba sendo uma das formas mais frequentes de agressão à mulher. Isso porque, na maioria dos casos a violência psicológica é condição de permanência em relacionamentos abusivos que normalmente progride para a física.

4.5 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Buscando somar-se aos esforços de reflexão sobre a produção da justiça no campo dos estudos de gênero, vale destacar que o Sistema de Justiça Criminal é uma estrutura essencial para garantir a ordem, a segurança e a justiça em uma sociedade. Ele engloba uma série de instituições, procedimentos e atores que trabalham em conjunto para investigar, processar e julgar os crimes cometidos pelos indivíduos.

No plano da efetividade dos direitos e garantias femininas, mulher enquanto gênero, a resposta pela tutela jurídico-penal ainda precisa avançar e não é suficiente para conter as violências domésticas. A propósito, Lei Maria da Penha, em seu art. 3º, §§1º e 38, estabeleceu a obrigatoriedade dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança e a formação de bancos de dados sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (Zuin e Mizusaki, 2018).

Wânia Pasinato e Theóphilos Rifiotis (2007), reconhecem o problema da falta de uniformidade na interpretação da Lei nº 11.340/2006, entre os operadores do direito, e no achatamento da realidade na tradução dos fatos ao processo. Ou seja, diante da complexidade dos fatos vividos pelas vítimas não foi traduzida para o interior do processo. Isso pode acontecer pelo fato das circunstâncias e detalhes da violência vivida por essas vítimas serem traduzidas em palavras escritas, aumentando-se o descompasso entre a forma e a realidade (Zuin e Mizusaki, 2018).

Não basta punir, é necessário evitar, visando desconstruir a estruturação da Sociedade Moderna patriarcal sexista. Verifica-se que no campo prático de efetivação das políticas públicas, passados 18 anos, os avanços ainda são lentos. Os procedimentos burocráticos, as verbas destinadas a essas políticas e a necessidade de inserção das vítimas nos programas assistenciais, são verdadeiros entraves à materialização desses direitos.

Em relação a políticas criminais e judiciais, verifica-se que as Delegacias de Proteção à Mulher são insuficientes e não abrangem todos os municípios. Cabendo a organização judiciária, a omissão na implementação e funcionamento das Varas especializadas em violência doméstica. Assim sendo, da maneira que a situação está sendo conduzida, não se busca a emancipação das mulheres vítimas de violência, mas sistematicamente apenas o encarceramento do agressor, o que por si só não é suficiente (Felix, 2024).

Ademais, é necessário um funcionamento em rede e que haja interação entre os agentes de desses serviços, visando a construção consensual de um projeto assistencial em comum. Podendo ser realizada através de fóruns intersetoriais, no âmbito municipal ou estadual, disponibilizados seus serviços às mulheres em situação de violência. Ainda, é preciso não fazer

julgamento moral da vítima, ou não revitimizar a mulher que sofreu violência, nos serviços prestados (Aguiar, D'Oliveira e Schraiber, 2020).

Nesse sentido, é preciso se ater à maneira como a lei está sendo empregada, se os profissionais envolvidos estão sendo capacitados para atuarem conforme a legislação, bem como a maneira em que a rede de apoio às vítimas está sendo organizada. Convém ressaltar a fragilidade do sistema, morosidade institucional e dos trâmites legais, aspectos também reconhecidos pelas vítimas deixam as mulheres inseguras diante da situação a que estão expostas.

De acordo com a pesquisa desenvolvida por Wânia Pasinato (2014), envolvendo cinco capitais do Brasil, apesar das realidades diversificadas, conclui-se que as dificuldades foram bastantes comuns, sendo: a falta de investimento público; falta de formação especializada de recursos humanos; falta de qualificação especializada por profissionais, que conheçam e compreendam as especificidades da violência contra a mulher; falta de protocolos para o atendimento e os encaminhamentos dos casos envolvendo violência de gênero (Zuin e Mizusaki, 2018).

Para que as medidas e ações previstas na Lei nº 11.340/2006, sejam de fato cumpridas com eficiência, é preciso a implementação políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher articulada dos três poderes — Executivo, Judiciário e Legislativo — nos três níveis de governo federal, estadual e municipal (Pasinato, 2015).

Convém ressaltar que não se trata de um legislação com aplicações apenas do âmbito penal, mas que envolve outros setores no atendimento às mulheres, na proteção de direitos e na prevenção da violência. Recomendando a articulação com outras áreas do Direito (cível, de família), com os setores da saúde, assistência social, do trabalho e previdência social, com as políticas de previdência social, trabalho e emprego, para o empoderamento econômico das mulheres, bem como com as políticas de educação para a prevenção e mudança social que se almeja alcançar (Pasinato, 2015).

Atualmente, para implementação e aplicação da Lei Maria da Penha encontram-se múltiplas resistências. De acordo com Pasinato (2015), diagnósticos e estudos realizados revelam que a aplicação da Lei está restrita à esfera judicial criminal com dificuldades e limites. Paralelamente, às discussões a respeito das redes de serviços e suas interfaces com os temas da violência e gênero também vêm acumulando avanços.

Dentre as principais falhas que dificultam sua aplicação, podemos citar: poucos serviços para o atendimento das mulheres; não responsabilização dos culpados; insuficiente compromisso de governos para a articulação das redes intersetoriais; contingências de recursos humanos; baixa especialização dos profissionais que têm contribuído para a permanência de atendimentos discriminatórios e prejudiciais às mulheres (Pasinato, 2015).

Tais circunstâncias terminam, muitas vezes, com um boletim de ocorrência em uma das mãos e uma medida de proteção na outra, sem que, para além desses papéis, existam políticas que deem mais efetividade à sua proteção e condições para que saiam da situação de violência (Pasinato, 2015).

Desse modo, ainda existem muitos obstáculos que devem ser vencidos para as mulheres que decidem recorrer à justiça para solucionar conflitos ou reparar direitos. São obstáculos sociais, econômicos e culturais, cujos graus de dificuldade variam de sociedade para sociedade e, internamente, entre grupos populacionais. No caso da violência contra as mulheres, esses obstáculos são agravados pelos obstáculos subjetivos, relacionados à natureza afetiva das relações violentas, às condições que são dadas às mulheres para conhecerem seus direitos e aos mecanismos que devem ser acionados para se reconhecerem como sujeitos de direitos (Pasinato, 2015).

Alguns esforços já são identificados para a remoção desses obstáculos. Principalmente no acesso à informação, onde existem iniciativas variadas que procuram informar as mulheres sobre a lei e sobre seus direitos, sobre a violência e suas características, sobre onde buscar apoio e qual ajuda de-

mandar. Dessa forma, pouco a pouco se contribui para remover os obstáculos de natureza subjetiva. Mas os demais obstáculos ainda precisam de mais investimento para sua remoção (Pasinato, 2015).

Grande parte dessa compreensão ainda está muito limitada pela ênfase nas respostas para a criminalização da violência, com destaque na intervenção do eixo segurança-justiça, e na demanda pela criação de DEAMs e Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Mas também se identifica uma tensão nesse setor, pois as respostas tradicionalmente oferecidas à criminalidade comum — identificação dos responsáveis, sua inculpação e consequente responsabilização com a devida pena legal — não são suficientes como respostas para as situações de violência doméstica e familiar (Pasinato, 2015).

Falta, nesse quesito, avançar na compreensão de que essas mulheres não são apenas vítimas, mas pessoas cujas necessidades e dificuldades vão além dos episódios de violência, transbordando para outros campos onde as carências de direitos são, muitas vezes, a regra e não exceção (Pasinato, 2015).

Assim sendo, a maneira como o sistema está estruturado contribui para a revitimização, e a demora na aplicação da Lei ocasiona desistência dos processos devido a minimização da gravidade dos fatos e pela pouca importância dispensada aos casos. Convém ressaltar que existem várias ferramentas capazes de impedir a violência ou acelerar os processos judiciais- conjunto de recursos, físicos, pessoais e econômicos aptos a inibí-la, a punir e a educar os agressores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as razões expostas, constata-se que embora a Lei Maria da Penha seja reconhecida como uma das melhores legislações mundiais na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, mesmo após 18 anos, suas aplicações ainda são insuficientes e enfrentam diversos obstáculos para sua implementação de maneira eficaz. A violência doméstica e familiar contra a mulher, fator histórico e cultural enraizado na sociedade brasileira, precisa ser combatido urgentemente. Tendo em vista que a exposição a esse tipo de agressão, impacta a vida pessoal, familiar e profissional, causando danos físicos, psicológicos e relacionais ou, no pior caso, tirando-lhe a vida.

Atualmente, os índices alarmantes de violência doméstica são reflexos de uma cultura de domínio do homem sobre a mulher, em uma sociedade que impõe valores e normas de desigualdades de direitos entre homens e mulheres. Verifica-se que apesar dos avanços, é necessário políticas públicas e intervenção estatal que proporcionem aplicações práticas efetivas da Lei Maria da Penha conjuntamente com um Sistema de Justiça Criminal eficaz, para juntos combater essa problemática. Tornando indispensável estruturas públicas para que a Lei produza seus efeitos de maneira eficaz.

Dentre as falhas do Sistema de Justiça Criminal e os fatores impeditivos da eficácia da Lei Maria da Penha, destacam-se a falta de estrutura adequada em algumas regiões do país, especialmente em áreas mais afastadas dos grandes centros, a resistência de alguns operadores do direito em aplicar integralmente a lei e a necessidade contínua de aprimoramento dos mecanismos de prevenção e atendimento às vítimas por agentes públicos, sem que sejam subjugadas e desacreditadas, passando pela revitimização e culpabilização.

Observou-se que muitas mulheres não denunciam e algumas chegam a realizar denúncias, mas retiram a queixa contra seus parceiros, em razão da dependência financeira e emocional e por acreditarem que a lei não é eficaz devido à falta de qualificação dos profissionais envolvidos no atendimento das mesmas. Assim sendo, o sistema de justiça criminal, como estrutura essencial, deve garantir a ordem, a segurança e a justiça em uma sociedade, através da cooperação conjunta das instituições, dos procedimentos e agentes públicos. Em relação a violência doméstica, além de investigar, processar e julgar os crimes cometidos pelos indivíduos, é necessário especialmente proteger e combater a violência de gênero.

Portanto, faz-se necessário o delineamento de estratégias e práticas específicas voltadas à promoção do vínculo familiar, à organização de grupos para problematizar questões de gênero, bem como fortalecer a autonomia feminina e ajudar a encontrar alternativas para a solução de conflitos entre o casal. Além disso, cabe ao Estado identificar e solucionar as falhas do Sistema de Justiça Criminal que impedem que a lei produza seus efeitos com qualidade, implementando estruturas e sistemas adequados.

Durante o desenvolvimento do trabalho esperava-se encontrar mais arquivos sobre a temática "Ineficácia do Sistema de Justiça Criminal" e textos que abordassem as questões sociais e financeiras que impactam diretamente essa problemática, no entanto os arquivos foram escassos.

A experiência adquirida durante a iniciação científica foi enriquecedora e fundamental para o meu aprendizado e formação científica. Através da pesquisa foi possível desenvolver a leitura, interpretação e senso crítico, além de ser fator essencial para o aperfeiçoamento da escrita acadêmica.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Daniele Ferreira; GOMES, Vera Lucia de Oliveira; BARLEM, Edison Luiz Devos. Perfil das ocorrências policiais de violência contra a mulher. *Revista Acta Paulista de Enfermagem*, São Paulo, v. 26, n. 6, p. 547-553, abr. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ape/a/Rskb4kPqDGTn6WyYhcJLpKN. Acesso em: 5 jun. 2024.

AOYAMA, Patricia Cristina Novaki; ROCHA, Ana Laura Benetati; TEODORO, Ana Paula; CAPRIOLI, Claudemir Afonso; VORPAGEL, Eleonore Beatriz. As diferentes formas de violência nas relações: a (in) visibilidade da violência psicológica. *Revista Akrópolis*, Umuarama, v. 30, n. 2, p. 244-266, jul/dez. 2022. Disponível em: https://www-periodicos-capes-gov-br.ezl.periodicos.capes.gov.br/index.php/acervo/buscador.h tml?task=detalhes&source=&id=W4362564786. Acesso em: 10 abr. 2024.

ÁVILA, Thiago Pierobom; MEDEIROS, Marcela Novais; BORBA, Marcus Vinicius Teixeira; MAGALHÃES, Thais Quezado Soares; PASSETO, Andrea Simoni de Zappa. Basta de violência contra a mulher. *Pacote de enfrentamento à violência contra a mulher*. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Brasília, 2021. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/03/documento-de-apresentac%CC%A7a%CC%83o-pacote-basta.pdf. Acesso em: 16 mar. 2024.

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 501–517, ago. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/wYWJZYYQrcvnxVjx6q88M6f. Acesso em: 22 maio 2024.

CAMPOS, Carmen Hein de. A CPMI da violência contra a mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 519-531, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/KdHtMqRYC5mwBFJ4QJswq9G. Acesso em: 22 maio 2024.

CARONE, Renata Rodrigues. A atuação do movimento feminista no Legislativo federal: caso Lei Maria da Penha. Lua Nova: *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 105, p. 181–216, set. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/Qc3SyHMX7tycGfYqVdr3hdp. Acesso em: 20 maio 2024.

COELHO, Elza Berger Salema; SILVA, Anne Caroline Luz Grudtner da; LINDNER, Sheila Rubia. *Violência*: definições e tipologias. Curso Atenção a Homens e Mulheres em Situação de Violência por Parceiros Íntimos - Modalidade a Distância, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências da Saúde, 2014. Acesso em: https://violenciaesaude.ufsc.br/files/2015/12/Definicoes_Tipologias.pdf. Acesso em: 15 maio 2024.

FELIX, Daniela. Lei Maria da Penha e Sistema de Justiça Criminal: : Passados 10 anos o "Homem

Delinquente" e a "Mulher Vitimizada" continuam presentes na prática judiciária. *Revista Cadernos de Gênero e Diversidade*, Bahia, v. 4, n. 1, p. 147–160, jan/mar. 2018. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25520. Acesso em: 5 abr. 2024.

FREITAS, Lúcia. Análise crítica do discurso em dois textos penais sobre a Lei Maria da Penha. Alfa: *Revista de Linguística*, São José do Rio Preto, v. 57, n.1, p. 11–35, jul. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/alfa/a/NhnqPPmCmF93rQxNqvdZXWv. Acesso em: 5 jun. 2024.

FREITAS, Lúcia Gonçalves. Argumentação e discurso sobre a Lei Maria da Penha em acórdão do STJ. *Bakhtiniana: Revista de Estudos dos Discursos*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 71-89, jul. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/bak/a/T6tD4DfWtjVWFqH6NKNZX7H. Acesso em: 26 maio 2024.

MAIA, Josiane Prestes; MATOS, Fátima Regina Ney; MAIA, Ivanez Prestes. Violência doméstica, Lei Maria da Penha e os fatores que influenciam a denúncia. *Revista Investigação Qualitativa em Ciências Sociais*, Portugal, v. 19, p. e858, out. 2023. Disponível em: https://www.publi.ludomedia.org/index.php/ntqr/article/view/858. Acesso em: 15 jun. 2024.

MARQUES, Beatriz de Oliveira Monteiro; ERTHAL, Regina Maria de Carvalho; GIRIANELLI, Vania Reis. Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. *Revista Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 4, p. 140–153, dez. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sdeb/a/5rScq4XFHrdgvYxzmNjM4bQ. Acesso em: 5 abr. 2024.

MARTINS, Fernanda. Feminismos criminológicos e tecnopolíticas": novos 'quadros' para violência de gênero. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 3. p. e63035, nov/dez. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/9tmPsMtfXLkVcs8t5bDfCMb. Acesso em: 15 de março de 2024.

MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth María Chittó. Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. *Revista Direito Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 1, p. 145–178, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdp/a/pTGRQGJFKB3vB6fF39bwMpR. Acesso em: 20 mar. 2024.

NOTHAFT, Raíssa Jeanine; LISBOA, Teresa Kleba. As intervenções com autores de violência doméstica e familiar no Brasil e suas relações com a Lei Maria da Penha. *Revista Cadernos Pagu*, Campinas, n. 61, p. e216119, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cpa/a/RG7ztXs7b8MZRGGHTV9yFsy. Acesso em: 15 maio 2024.

OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 17, n. 1, p. 235–262, jan/abr. 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017v17n1p235-262. Acesso em: 20 abr. 2024.

OLIVEIRA, Antonia Leticia Ximenes de; ABREU, Leidy Dayane Paiva de. Violência doméstica: um estudo com mulheres atendidas no centro de atenção psicossocial. Caderno ESP - *Revista Científica da Escola de Saúde Pública do Ceará*, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 18–26, jan/mar. 2022. Disponível em: https://cadernos.esp.ce.gov.br/index.php/cadernos/article/view/543. Acesso em: 20 jun. 2024.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Feministas ressignificando o direito: desafios para aprovação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 616–650, 2017. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/27767. Acesso em: 21 maio 2024.

PAIXÃO, Kalita Macêdo. "*O homem é o sujeito, ela é o outro*": o crime da violência psicológica contra a mulher na perspectiva da alteridade do direito. Dissertação (Doutoranda em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2023.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 533–545, maio/ago. 2015. Disponível em:

https://www.scielo.br/j/ref/a/kYRfBhW3593JLyc3MLGGGWs. Acesso em: 21 maio 2024.

PORTELA, Yeda. Violência Psicológica: dificuldade em romper o vínculo afetivo em uma relação conjugal violenta. *Revista Brasileira de Sexualidade Humana*, São Paulo, v. 32, n. 2, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.35919/rbsh.v32i2.987. Acesso em: 6 de abr. 2024.

QUEIROZ, Rosana Ataide; CUNHA, Tania Andrade Rocha. A Violência psicológica sofrida pelas mulheres: invisibilidade e memória. *Revista NUPEM*, Campo Mourão, v. 10, n. 20, p. 86–95, maio/ago. 2018. Disponível em: https://periodicos.unespar.edu.br/index.php/nupem/article/view/5564. Acesso em: 10 maio 2024.

ROCHA, Ingride da Silva; LAPORT, Tamires Jordão. A intervenção psicológica no contexto da violência doméstica contra a mulher. *Revista Mosaico*, São Paulo, v. 10, n. 2 suplemento, p. 76–80, jul/dez. 2019. Disponível em: https://editora.univassouras.edu.br/index.php/RM/article/view/1950. Acesso em 15 de março de 2024.

ROMAGNOLI, Roberta Carvalho. Várias Marias: efeitos da Lei Maria da Penha nas delegacias. Fractal: *Revista de Psicologia*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 114–122, maio/ago. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/fractal/a/N9MLKxsbFTGKSZbR5Fmgmff. Acesso em: 21 maio 2024.

SANTOS, Ricardo Luis dos; SOUZA, Morgana de Oliveira; MARCOLIN, Luisa de Almeida. Violência doméstica: análise de perfis psicopatológicos e psicossociais de agressores conjugais. *Revista Di@logus*, Rio Grande do Sul, v. 11, n. 3, p. 117–133, 2023. Disponível em: https://revistaeletronica.unicruz.edu.br/index.php/dialogus/article/view/921. Acesso em: 20 mar. 2024.

SILVA, Juliana Adono da. O reconhecimento da violência psicológica pelo ordenamento jurídico brasileiro como um mecanismo de enfrentamento à violência de gênero no Brasil. *Revista Direito e Sexualidade*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 169–189, jan/jun. 2023. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/53515. Acesso em: 26 abr. 2024.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. *Revista Interface - Comunicação, Saúde e Educação*, São Paulo, v. 11, n. 21, p. 93–103, ago. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/icse/a/9SG5zGMVt4VFDZtzbX97MkP. Acesso em: 15 jun. 2024.

SILVA, Tânia Maria Gomes da; FERREIRA, Mário Wesley; GUARIZA, Nádia Maria. Contribuições da história oral para uma discussão sobre violência doméstica e adoecimento feminino. *Revista Projeto História*, São Paulo, v. 72, p. 257–283, set/dez. 2021. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/52814. Acesso em: 15 maio 2024.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MORAES, Carlos Alexandre Preto; PASSAFARO, Valesca Luzia de Oliveira. Violência psicológica como mecanismo de censura aos direitos civis e universais das mulheres. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 1083–1103, 2021. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/44343. Acesso em: 20 abr. 2024.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. A família, a violência e a justiça: conflitos violentos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Civita: *Revista de Ciências Sociais*, Rio Grande do Sul, v. 13, n. 1, p. 136–153, ago. 2013. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/12590. Acesso em: 26 maio 2024.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. *Punir, Proteger, Previnir? A lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal*. Dissertação (Doutorado em Ciências Sociais) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/7487. Acesso em: 20 jun. 2024.

ZUIN, Aparecida Luzia Alzira; MIZUSAKI, Haru. A violência como instrumentos de poder nas relações sociais e como instrumentos de dominação. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 3092–3127, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.12957/rqi.2018.38051. Acesso em: 23 mar. 2024.

MECANISMOS DE LIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL: DA TEORIA DO BEM JURÍDICO AO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

MECHANISMS OF LIMITATION OF CRIMINAL LAW: FROM THE THEORY OF LEGAL ASSETS TO THE POSTULATE OF PROPORTIONALITY

*Bernardo Oliveira Simões de Carvalho**

Resumo: A teoria do bem jurídico é o clássico método limitador da criminalização, e, justamente por ser o paradigma mais conhecido, enfrenta múltiplas críticas doutrinárias. Paralelamente, o postulado da proporcionalidade tem ganhado cada vez mais adeptos, que defendem sua aplicação nos mais diversos ramos do direito. No âmbito penal, não é diferente, surgindo a dúvida: a teoria do bem jurídico ainda deve ser considerada a melhor forma de limitar o avanço desmedido da legislação penal, ou deve ser substituída pela máxima da proporcionalidade? Ademais, questiona-se: seria possível uma interação entre os dois cânones? Caso a resposta seja positiva, como se daria essa interação? Esses são os problemas que motivaram a presente pesquisa, que consiste em um estudo dedutivo, descritivo e básico estratégico, arrimado em revisão bibliográfica. No ensaio, são analisadas as diversas concepções de bem jurídico já defendidas historicamente, buscando aferir se alguma delas resiste às possíveis críticas acerca de sua validade e sua utilidade político-criminal. Conclui-se, porém, que nenhuma dessas vertentes apresenta limites válidos e verdadeiros à criminalização, sendo o postulado da proporcionalidade solução mais sólida e polivalente, não só por resistir às indigitadas críticas, como também por englobar em si próprio diversos princípios do direito penal. Entretanto, se verifica que a teoria do bem jurídico, de certo modo, ainda pode ser aproveitada, valorizando-se sua acepção interpretativa, aplicável no primeiro subpostulado da proporcionalidade (adequação), e sua função como ***topos*** doutrinário, aplicável na terceira submáxima da proporcionalidade (proporcionalidade ***stricto sensu***).

Palavras-chave: Direito Penal. Teoria do bem jurídico. Proporcionalidade.

Abstract: The legal goods theory is the classic method employed to limit criminal legislation and, due to being the most renown paradigm, it faces multiple doctrinary critics. Meanwhile, the principle of proportionality has gained more supporters, who defend its application in various fields of Law. In Criminal Law, the same happens, raising some questions: should the "legal goods" theory still be considered the best way to limit the unreasonable advance of Criminal Law, or should it be replaced by the principle of proportionality? Furthermore, is there a chance of an interaction between the two models? If so, how? These are the questions that motivated this research, that consists of a deductive, descriptive, strategic basic study, based on bibliographic review. In the text, the different conceptions of legal good historically defended by jurists will be analyzed, with the goal of assessing whether any of them still stands against the critics with regards to their validity and criminal-politic utility. The conclusion, however, is that neither of these pose valid or true limits to criminalization, revealing that the principle of proportionality is the most solid and polyvalent solution, not only because it resists these critics, but also because it embraces various principles of Criminal Law. Nonetheless, the legal goods theory, in a way, can still be applied, notably its interpretative aspect, used in the first phase of proportionality (suitability test), and its function as a doctrinary topos, applicable in the third phase of proportionality (balancing).

Keywords: Criminal Law. Legal goods theory. Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

O direito penal sempre foi um poderoso meio de conformação das condutas humanas, uma vez que punições direcionadas à integridade física e à liberdade de ir e vir são vistas como retribuições devidas ou formas eficazes de coerção psicológica.

De fato, a despeito do que afirmam alguns estudiosos contemporâneos (abolicionistas), a cominação penal é uma arma poderosíssima para a contenção de comportamentos socialmente indesejáveis. Porém, como toda arma poderosa, precisa ser usada com parcimônia: não se pode esquecer que os destinatários das normas penais são pessoas humanas titulares de direitos de primeira dimensão

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8685081089650271. E-mail: bernardo.sosc@gmail.com.

perante o Estado, de modo que a criatividade do legislador deve ser limitada nesse diapasão.

Esse raciocínio limitador vem sendo empreendido há séculos, porém ganhou maior força após o Iluminismo. Foi a partir da influência desta corrente intelectual que surgiu a teoria do bem jurídico (Silva, 2013, p. 67), que é a que primeiro vem à mente quando se fala em estabelecer barreiras ao avanço da legislação penal. Ocorre que, nos últimos anos, têm surgido outros paradigmas controladores, especialmente o postulado da proporcionalidade, que galgou importância nos mais diversos ramos do direito.

Nesse contexto, há pensadores — a exemplo de Carl-Friedrich Stuckenberg (2014, p. 11) – que propugnam o completo abandono da teoria do bem jurídico, advogando a adoção da máxima da proporcionalidade de modo exclusivo. Outros insistem na defesa teoria do bem jurídico, paradigma que, conforme tratar-se-á *infra*, é deveras problemático, mesmo em suas acepções mais modernas.

A partir do panorama escorçado, o presente ensaio buscará aferir se, após o surgimento do postulado da proporcionalidade, a teoria do bem jurídico ainda seria a melhor forma de pensar a limitação do direito penal. Porém, mais que isso, buscar-se-á aferir se há a possibilidade de conciliar esses dois cânones e em que medida ocorreria sua interação.

Para atingir esse desiderato geral, é mister cumprir os objetivos específicos, que são os seguintes: (i) analisar criticamente as diversas conformações históricas da teoria do bem jurídico, verificando se oferecem algum limite real (material) e válido à criminalização. Este esforço será empreendido no capítulo 2; (ii) caso não seja suficiente e válida a teoria do bem jurídico, examinar se o postulado da proporcionalidade é uma ferramenta tecnicamente superior. É o que será feito nos itens 2.4 e 3.2; (iii) sendo adotada a proporcionalidade, esquadrinhar como deve ocorrer sua aplicação no direito penal, buscando conciliar este paradigma com os tradicionais princípios e mecanismos jurídico-criminais, o que inclui a própria teoria do bem jurídico. Isto será realizado nos itens 3.2.1 e seguintes.

Metodologicamente, para resolver os problemas prescritivos de *lege lata* já revelados, o estudo será dedutivo e fundado em revisão bibliográfica. Em sua parte inicial, será descritivo, expondo as contribuições doutrinárias já consolidadas acerca da teoria do bem jurídico. Contudo, há também incursão exploratória nesta pesquisa, dado seu caráter crítico e o modo aparentemente inovador que relaciona os paradigmas analisados.

2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO

Como bem explana Fábio Roque Araújo (2009, p. 274–278), o direito penal passou por vastas transformações no transcorrer da História. A partir da modernidade — ou seja, no "período humanitário" (Araújo, 2009, p. 277), bem representado pelas contribuições de Cesare Beccaria —, desenvolveram-se teorias limitadoras, progressivamente abandonando-se as penas crueis e retributivas e adotando-se o funcionalismo calcado na prevenção (geral e especial).

Nesse diapasão, é inevitável a lembrança da teoria do bem jurídico que, em síntese, preconiza que uma conduta só pode ser considerada criminosa na hipótese de incutir lesão ou perigo de lesão a um bem essencial ao desenvolvimento de outro indivíduo ou aos pressupostos sociais deste desenvolvimento (Roxin, 2013, p. 5).

Indubitavelmente, trata-se de teoria de extrema relevância, defendida por abalizados penalistas, como Claus Roxin e Luis Greco. Porém, conforme já expendido, a teoria tem sido objeto de questionamentos, destacando-se aqui seu confronto com a proporcionalidade. Para que, mais adiante, possa ser estudada a interação entre esses paradigmas, é preciso que se exponham as concepções de bem jurídico.

Desde já, adverte-se que o conteúdo foi disposto de modo a melhor atender aos anseios desta pesquisa, motivo pelo qual está organizado peculiarmente (não em ordem cronológica, como normalmente se faz) e tratado de modo sucinto. Optou-se, assim, por classificar a teoria do bem jurídico de acordo com o grau de limitação que cada uma de suas correntes, de fato, impõe às incursões legislativas.

2.1 AUSÊNCIA DE LIMITES

A concepção de bem jurídico de Karl Binding é assaz contingente: para este pensador alemão, bem jurídico seria simplesmente o estado anterior à violação das proibições contidas nas normas positivas:

> A partir desse ponto de vista, Binding elabora um conceito segundo o qual por 'bem jurídico' se entende tudo o que, na perspectiva do direito positivo, possui um interesse em sua inviolabilidade e imodificabilidade. [...] Para Binding, a fonte jurídica na criação de bens jurídicos e na disposição das normas de proteção, é limitada apenas por sua própria consideração e pela lógica. (Santos, 2018, p. 32).

Destarte, pode-se dizer que, da intelecção de Binding, não se retira qualquer conceito material ou político-criminal de bem jurídico. Pelo contrário, trata-se de conceito formal, extraível da própria norma incriminadora, o que confere absoluta liberdade ao legislador.

Tendo em vista a pretensão do presente estudo, qual seja, o escorço de barreiras à ampliação desmedida da legislação penal, é evidente que seria infrutífera a adoção das ideias deste autor.

2.2 LIMITES EXTERIORES AO DIREITO POSITIVO

Ademais, há corrente doutrinária que defende um conceito político-criminal de bem jurídico, fundado em uma ideia de direito natural ou em conhecimentos sociológicos. Sob esse viés, destacam-se as contribuições de Ludwig Feuerbach, Johann Birnbaum e Franz Von Liszt.

Vestibularmente, alude-se ao magistério de Feuerbach, comumente apontado como o doutrinador que formula o primeiro conceito material de delito da contemporaneidade (Santos, 2010, p. 16), indubitavelmente figurando como precursor da ideia de bem jurídico (embora o já mencionado Binding tenha cunhado a *expressão*). Extrai-se de suas obras que as normas penais seriam legítimas apenas na medida em que protegessem direitos subjetivos (coletivos ou individuais). Em outras palavras, somente uma violação desses direitos legitimaria a cominação penal. E, sendo o referido doutrinador jusracionalista (Sales, 2013, p. 22), estes direitos seriam dados apreensíveis pela *recta ratio*, não estando à mercê da vontade do legislador.

É mister que se diga que o limite posto por Feuerbach não merece elogios, numa perspectiva jurídica consentânea com os mandamentos de um Estado Democrático de Direito. É que, nesse contexto, não se pode aceitar que o direito provenha de uma suposta ordem racional objetivamente alcançável, anterior e superior à Constituição.

Por sua vez, Johann Birnbaum teve o mérito de, pioneiramente, formular um conceito de bem jurídico. Na ordem cronológica (que não está, aqui, sendo observada), Birnbaum antecede o já comentado Binding. Quando este último nem havia popularizado o *termo* "bem jurídico", Birnbaum já identificara que, na violação de uma norma penal, o que se vilipendia não é o direito subjetivo, e sim um bem a ele subjacente. Trata-se de observação de pertinência ímpar, fundamental para o desenvolvimento da faceta interpretativa (*i.e.*, dogmática ou metodológica) da teoria do bem jurídico, que, inclusive, será utilizada neste ensaio. No que toca à função político-criminal, contudo, novamente não se vislumbra grande contribuição, posto que este pensador delimita pré-positivamente os bens tuteláveis (Santos, 2018, p. 30).

Franz Von Liszt, por seu turno, buscou limitar conceitualmente a ideia de bem jurídico, com fulcro numa ideia pré-jurídica de bem. Para ele, bem seria aquilo que a sociedade considera como um interesse (Santos, 2010, p. 23).

Trata-se, entretanto, de uma limitação fadada ao fracasso, quando se considera que estes valores provenientes do campo da vida necessitam de fundamento de validade que os integre ao sistema jurídico. Isto decorre, inclusive, da *démarche* intelectual do próprio Liszt — doutrinador partidário do positivismo —, admitindo que ao legislador caberá a escolha destes interesses. Contudo, esta solução inviabiliza qualquer utilidade limitadora de seu conceito de bem jurídico, que, neste ponto, não se revela mais proveitoso que o de Binding. Nesse sentido, veja-se:

> A concepção de Liszt recebe crítica de Winfried Hassemer, em razão da identificação dos interesses sociais vitais se dar a partir dos próprios interesses da comunidade estatal, vistos de forma empírica, avalorada. Assim, o bem jurídico, nesse contexto, continua atrelado ao arbítrio do Estado (Bechara, 2009, p. 18).

2.3 NEOKANTIANOS E FINALISTAS: UMA IDEIA ÚTIL DE ESSÊNCIA

Como foi dito, atribui-se a Birnbaum a precisa percepção de que o cometimento de delito não representa vilipêndio à posição jurídica subjetiva, que se mantém intacta, e sim à situação de vantagem ou utilidade que ela busca proteger.

Entretanto, com os neokantianos, essa discussão, chamada por Greco (2007, p. 256) de "problema da essência" do bem jurídico, ganhou ares de controvérsia. A corrente neokantiana aceita a contribuição de Birnbaum, reconhecendo que o bem jurídico não é a situação jurídica, mas o interesse por trás dela. Porém, afirma que não se trata de um interesse do campo da vida, uma realidade concreta, e sim um valor. De acordo com Manuela Santos (2010, p. 28–29), é o bem jurídico como *ratio legis*, "intrasistemático", não "transsistemático".

Ocorre que ideia de valor dos neokantianos era a de um valor cultural qualquer selecionado pelo legislador, o que deixou em aberto o conceito de bem jurídico, restando "desmaterializado". Sozinha, esta teoria apenas indica qual é a finalidade da norma, mas não a questiona. Logo, pode legitimar qualquer tipo de conteúdo, sendo, inclusive, ligada à justificação de normas jurídicas formuladas pelo regime nacional-socialista alemão (Santos, 2018, p. 38). Nesse sentido:

> Se essa compreensão teve o mérito inegável de chamar a atenção para as vantagens da interpretação teleológica e o conseqüente [sic.] significado para a interpretação dos tipos penais, teve o desmérito de afastar-se, por completo, daquela vertente crítica e trans-sistemática [sic.], adiantada por Liszt (Santos, 2010, p. 28–29).

Avançando ao finalismo de Welzel, destaca-se que ele manteve a ideia de bem jurídico como ratio legis, como vetor interpretativo. Trouxe, porém, alguma limitação, já que restringe o âmbito dos bens ao que chama de "valores ético-sociais". Nas palavras do pensador alemão: "bien juridico es um bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido juridicamente" (Welzel, 1997, p. 1–7 *apud* Santos, 2010, p. 29).

Porém, novamente, há vagueza e ausência de fundamentação. Com efeito, Welzel não explica satisfatoriamente como se determinam quais são, exatamente, esses valores. Outrossim, valores "ético-sociais", naturalmente, são distintos no tempo e no espaço. E, acrescenta-se, mais uma vez é repetido o vício já apontado em outros pensadores: Welzel não apresenta razão propriamente jurídica pelo qual o legislador teria de se adstringir a esses limites.

Portanto, essas correntes não trazem boas contribuições, no que toca à limitação do direito penal pela teoria do bem jurídico. Têm, todavia, alguma utilidade, ao pavimentarem o caminho da faceta interpretativa do bem jurídico — um aspecto de grande relevância para este ensaio, posto que compatível com a máxima da proporcionalidade, conforme retomar-se-á oportunamente.

2.4 TEORIAS CONSTITUCIONAIS: LIMITES LEGÍTIMOS, MAS INSUFICIENTES

Na segunda metade do século XX, surgiram ideias de bem jurídico moldadas a partir da Constituição. Trata-se de incontestável avanço, considerando-se que uma limitação propriamente jurídica do legislador — e, pois, legítima — só pode ter origem em normas hierarquicamente superiores. Do contrário, não teria mais valor que uma mera opinião pessoal (Roxin, 2006, p. 16 *apud* Santos, 2018, p. 50).

Esse esforço de criar um conceito político-criminal ou limitador de bem jurídico foi empreendido por diversos pensadores, como Claus Roxin e Winfried Hassemer. Aduz Ana Elisa Bechara (2009, p. 20) que, de acordo com Hassemer, "um bem jurídico vinculante existe quando se encontra refletido num valor constitucionalmente reconhecido e que, assim, preexiste ao ordenamento jurídico-penal".

Trata-se, sem dúvida, da melhor corrente da teoria do bem jurídico, porquanto não abandona as contribuições anteriores — notadamente a convicção de que o tipo penal deve ser interpretado conforme o bem que se busca preservar —, mas enxerga a insuficiência do que havia até então, no que toca à definição de um conceito material de crime.

Entretanto, quando se caminha para a adoção de uma Constituição como limite ao direito penal – especialmente se a *Lex Legum* for compromissória e democrática, como é o caso da brasileira – surge um problema: está-se diante de múltiplas normas, que buscam tutelar os mais diversos valores/interesses/dados (entendidos aqui como bens propriamente jurídicos, finalidades máximas do ordenamento encabeçado pela Constituição).

Assim é que, embora bem fundamentada, uma teoria que sustente que bem jurídico é o bem por trás dos princípios constitucionais, na verdade nada diz, na medida em que tudo diz. Por isso mesmo, questiona-se de onde são extraídos os limites, quando os partidários desse paradigma os encontram. Nesse aspecto, pertinente é a crítica de Stuckenberg:

> El topos 'protección de bienes jurídicos' persigue, ciertamente, un objetivo que es sin duda alguna deseable, el de una política criminal racional y de un Derecho penal liberal y humano, pero no es una concepción científica dotada de potencia analítica, al contrario, es más bien un instrumento para oscurecer las actitudes valorativas que están detrás, a veces difusas y más bien sentidas que definidas con precisión (Stuckenberg, 2011, p. 653 *apud* Roxin, 2013, p. 6).

Logo, percebe-se que, a rigor, não há como resolver o problema apenas pela teoria do bem jurídico. Ou ela não traz limitação suficiente (vide itens 2.1, 2.3 e 2.4), ou, quando traz, baseia-se em dados sem fundamento de validade (vide item 2.2).

Sendo assim, é preciso que se recorra à máxima da proporcionalidade, pois é a melhor forma de aplicar — ao menos de acordo com a doutrina majoritária, à qual aderimos — os princípios constitucionais. A contribuição adicional dessa ferramenta perpassa, sobretudo, pelos subpostulados da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, adianta-se que a teoria do bem jurídico não deve ser completamente abandonada, destacando Roxin (2013, p. 23) — grande defensor da aludida teoria — que os dois paradigmas se completam mutuamente. No mesmo sentido, destacando aspectos ainda a serem vistos, Greco (2008, p. 238 *apud* Roxin, 2013, p. 23): "En el fondo, el examen de la proporcionalidad ya presupone una teoría del bien jurídico, pues es necesario tener un punto de referencia para enjuiciar si una intervención es idónea, necesaria y proporcionada".

De forma análoga, Fábio Roque Araújo (2009), Manuela Santos (2010) e Sebástian Mello (2014) são juristas que combinam teoria do bem jurídico e postulado da proporcionalidade. Neste ensaio, não será diferente (embora haja algumas ideias particulares). Repisa-se: é solução ideal, reconhecendo-se a pertinência de críticas como a de Stuckenberg, mas também, de outra banda, a utilidade que ainda se extrai da teoria do bem jurídico. Basta que ela seja aplicada de modo transparente e fundamentado.

Assim, sua dimensão interpretativa auxiliará na determinação de quais valores serão ponderados (inserindo-se na submáxima adequação, conforme será visto adiante). Note-se: valores como bens jurídico-positivos, e não "ético-sociais", como queria Welzel.

Por outro lado, as contribuições da faceta político-criminal — que, a rigor, são os raciocínios de defensores da teoria do bem jurídico aplicando outros princípios do direito penal, como a subsidiariedade, a fragmentariedade, a ofensividade (aqui tomada como sinônimo de lesividade) e a graduação da pena — servirão como *topoi* nas submáximas da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*. Se o legislador tiver o intento de cominar pena a uma conduta que, historicamente, é considerada como não criminalizável pelos teóricos do bem jurídico, terá de se desincumbir de árduo ônus argumentativo.

3. A PROPORCIONALIDADE

3.1 A PROPORCIONALIDADE NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Evitando incorrer em "manualismo", não cabe, neste texto, a explicação pormenorizada do postulado da proporcionalidade. Assim, remete-se o leitor não iniciado à obra de Wilson Steinmetz (2000), na qual o tema é didática e exaustivamente exposto. Aqui, focar-se-á apenas no quanto for necessário ao esboço de um conceito material de crime aplicável à questão a ser solucionada.

3.2 A PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO LEGALIZADOR DO DIREITO PENAL

Reafirmando o quanto acima expendido, tendo em vista a necessidade de buscar limites *válidos e verdadeiros*, à luz de uma Constituição calcada em princípios, a solução a ser adotada é um método de deslinde de conflitos principiológicos (*e.g.*, liberdade de locomoção *versus* propriedade privada). Daí a opção pelo postulado da proporcionalidade (*Verhältnissmäßigkeitsgrundsatz*).

No que toca à validade dos limites, o postulado é útil porque, diferentemente de algumas das teorias do bem jurídico referidas, rechaça a "expertocracia" denunciada por Gärditz (Santos, 2018, p. 175). Em outras palavras, não se deve, de acordo com essa linha, limitar o direito penal com base em conceitos sociológicos de "bem", muito menos em ideias metafísicas de "jurídico" extraídas de um pretenso direito natural.

Outrossim, quando se faz referência ao caráter "verdadeiro" de uma limitação desta ordem, a intenção é afirmar que a aplicação da proporcionalidade leva a um conceito material de crime indisponível ao arbítrio do legislador. Embora não seja um conceito absoluto e asséptico — permitindo, dentro de certa margem razoável, alguma divergência dependente da sensibilidade de cada intérprete constitucional, além da participação tópica do legislador (Carvalho, 2023, p. 96) —, a aplicação da proporcionalidade se dá em lógica oposta à preconizada pelo já mencionado Binding: os bens jurídicos do sistema não são contingentes e extraíveis da norma penal, e sim necessários (salvo ao legislador constituinte originário) e preexistentes a ela, extraíveis da *Norma Normarum*.

O que se percebe é uma visão distinta tanto do jusnaturalismo, quanto do juspositivismo, pugnando-se por uma abordagem pós-positivista. Logo, não se recorre a ideias metajurídicas ("transsistemáticas"), nem a uma concepção fechada de sistema jurídico, e sim a um sistema aberto, sensível aos valores constitucionais e atento aos princípios democrático e do Estado de Direito (*Rechtsstaatlichkeit*) (Santos, 2018, p. 178).

Além disso, ainda sobre o caráter "verdadeiro" da limitação decorrente do postulado da proporcionalidade, destaca-se que este paradigma não se resume ao juízo de adequação. Ou seja: diferentemente da teoria constitucional do bem jurídico (já criticada acima), a proporcionalidade surge da consciência de que as Constituições compromissórias e calcadas em nor-

mas-princípio agasalham os mais diversos valores, sendo fulcral realizar também a aferição da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*.

Assim, por essa linha de pensamento, o legislador escolherá um bem a ser tutelado por uma norma penal. A partir daí, caberá ao encarregado do controle de constitucionalidade, empregando o *Verhältnissmäßigkeitsgrundsatz*, averiguar se o bem escolhido protege, de fato, algum valor constitucional, se a cominação penal é a única forma de realizar esta proteção e se ela justifica tamanha restrição aos direitos individuais do ofensor. Abaixo, será destrinchada esta análise, mediante estudo de cada uma das três etapas da aplicação do postulado em comento, com foco em sua aplicação ao direito penal.

Desde já, esclarece-se que, neste ensaio, o foco está sobre a proporcionalidade como "predeterminação" (Ferrajoli, 2006, p. 367 *apud* Araújo, 2009, p. 297), ou seja, como limitação ao legislador, não ao juiz na aplicação da pena (determinação) ou na execução (pós-determinação).

3.2.1 AS SUBMÁXIMAS NO DIREITO PENAL

3.2.1.1 Adequação no direito penal

Conforme já se aludiu brevemente, a proporcionalidade, como método de ponderação principiológica, exige que o valor que se busca promover em detrimento do outro seja efetivamente alcançado ou, ao menos, fomentado (Silva, 2002, p. 35–36 *apud* Araújo, 2009, p. 293). Este raciocínio inicial é o que se chama de submáxima da adequação.

Adotar este procedimento é indispensável numa perspectiva garantista, ou seja, de "uma filosofia política que requer do direito e do Estado o *ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade*" (Ferrajoli, 2006, p. 785–787 *apud* Araújo, 2009, p. 281) (grifo próprio).

Destaca-se que, no âmbito do direito penal, a etapa da adequação consiste em verificar se a interferência no direito fundamental à liberdade de locomoção propiciará a proteção de algum bem jurídico de igual patamar hierárquico. Em outros termos, a pergunta a ser feita é: cominar pena de prisão a quem comete o fato típico é medida idônea para a realização dos fins do direito penal, notadamente a prevenção geral e especial de lesões a bens jurídicos tutelados por normas constitucionais?

Nunca é demais sublinhar: é preciso que se verifique a idoneidade da promoção de bens jurídicos de *patamar constitucional*, uma vez que é neste âmbito que se insere a liberdade de locomoção, nos termos do art. 5º, caput e incisos XV, XXXIX, LIV, LVII, LXI e LXVI, da Lei Maior de 1988. Estes dispositivos não deixam dúvidas quanto ao caráter de direito fundamental da liberdade de ir e vir, que é restringida pela norma penal.

Todavia, são múltiplos os princípios situados na cúspide do ordenamento jurídico pátrio que podem colidir com a liberdade de locomoção, potencialmente legitimando sua restrição. E, de acordo com a teoria dos princípios de Robert Alexy (Almeida, 2019, p. 9), a postura hermenêutica mais adequada é considerar que qualquer princípio (desde que de mesmo patamar hierárquico-normativo) pode figurar do lado oposto da balança da ponderação.

Assim, ao se adotar o postulado da proporcionalidade, não se pode restringir, *prima facie*, a plêiade de bens jurídicos a serem contrapostos à liberdade de locomoção. Não é na adequação, e sim na proporcionalidade em sentido estrito o momento de aferição do "peso" de cada princípio constitucional.

Portanto, não parece correta a ideia — defendida por adeptos da teoria constitucional do bem jurídico e reverberada por respeitáveis doutrinadores como Fábio Roque Araújo (2009, p. 29) — de que apenas há adequação quando se fomenta um bem jurídico-penal pré-estabelecido. Pelo paradigma da

proporcionalidade, deve-se entender que, *a priori*, a restrição à liberdade deve ser adequada à promoção de qualquer valor constitucional. Se este é um bem jurídico-penal, ou seja, se pertence a uma categoria ainda mais restrita (qual seja, a dos bens que fundamentam a restrição ao direito de locomoção), é algo que só será verificado ao final do exame de proporcionalidade, e não na submáxima vestibular.

Assim, em linha de princípio (sem trocadilho), qualquer valor fundamental posto na CRFB/1988 eventualmente poderia ensejar proteção penal. Daí porque deve haver cautela ao buscar a conciliação dos dois instrumentos *sub examine*. Na tradicional teoria do bem jurídico, a seleção do que é bem jurídico já representa uma valoração que leva em conta a sua importância em face da liberdade. Isso, no entanto, não é compatível com o postulado da proporcionalidade, uma vez que no juízo de adequação não se valora o bem, e sim meramente se afere sua idoneidade ao atingimento do fim que se busca alcançar.

Portanto, se se pretende adotar algum contributo da teoria do bem jurídico e adaptá-la à proporcionalidade, deve-se relembrar (vide item 2.4) que a parcela aproveitável é apenas: a) ideia interpretativa/dogmática de bem: contribuição sobre o que é um bem, raciocínio empreendido por Binding, pelos neokantianos e, com maior correção, pela teoria constitucional. São justamente estes bens que serão ponderados; b) vedação de propostas de criminalização que não fomentem bens jurídicos, não sendo satisfeita a submáxima da adequação (isto raramente ocorre, como dir-se-á em breve); c) carga retórica da teoria: trata-se, em nosso sentir, conforme já aludido, da aplicação de outros princípios do direito penal (*e.g.*, ofensividade) pelos teóricos do bem jurídico. São relevantes raciocínios tópicos empreendidos nas etapas finais do exame de proporcionalidade.

Portanto, a limitação, na proporcionalidade, tem força muito maior em seus dois últimos subpostulados, e não na adequação. E, se há alguma limitação na submáxima vestibular, esta reside no fato de ser ou não um bem constitucional, e não no fato de ser ou não um tipo especial de bem constitucional, juízo que ultrapassa a adequação.

Nesse sentido, o juízo de adequação consiste em verificar se a prisão de alguém poderia propiciar vantagem a *qualquer* bem constitucional. Contudo, observa-se que, adotando-se este raciocínio, raramente esta exigência não seria atendida, já que: (i) conforme preceitua Alexy, devemos considerar, *prima facie*, o princípio na sua maior amplitude (Alexy, 2008, p. 103–104); (ii) as Constituições compromissórias e democráticas da atualidade promovem os mais diversos princípios.

Logo — embora seja possível imaginar algumas situações em que não há sequer um bem jurídico-constitucional a ser protegido pela criminalização de certa conduta (*e.g.*, quando se comina pena privativa de liberdade à prática da capoeira, crime que existia no passado do Brasil) (Araújo, 2009, p. 304) — não se vislumbra considerável relevância da submáxima da adequação no que se refere à limitação do direito penal, foco deste ensaio.

Assim, é fato que a adequação abarca dois importantes princípios do direito penal, notadamente a fragmentariedade e a lesividade. Porém, a adoção que aqui foi feita de uma ideia de bem jurídico tão ampla (embora seja a ideia que se mostra válida) demonstra que, efetivamente, a maior força limitadora destes princípios apenas revelar-se-á em etapas posteriores da aplicação do postulado da proporcionalidade. A lesividade, terá importância na terceira submáxima, enquanto a fragmentariedade – no raciocínio aqui adotado – apenas será efetivamente observável como resultado final do procedimento limitador.

Nesse sentido, sublinhando a insuficiência da adequação, Luigi Ferrajoli (Santos, 2010, p. 41) e Tomás Machado (2013, p. 5). Não se está a dizer, entretanto, que a adequação é inútil na predeterminação (limitação do legislador, conforme aludido *supra*). Isso porque é na adequação que se identifica qual é o bem jurídico que, *in casu*, colide com a liberdade de locomoção. Ter em mente este bem jurídico (identificado por meio de raciocínio similar ao que defendia Birnbaum), nas etapas seguintes do postulado é essencial, especialmente na ponderação *stricto sensu*, quando ele será comparado ao direito à liberdade.

3.2.1.2 Necessidade no direito penal

A submáxima da necessidade "consiste [...] em verificar se não há outros meios igualmente curiais ao fomento do fim desejado, mas que restrinjam em menor grau as normas-princípio que representam óbices à sua realização" (Carvalho, 2023, p. 94).

Nessa linha, percebe-se a íntima relação entre esta submáxima e o princípio da intervenção mínima, um dos mais consagrados do direito penal. Contudo, é preciso analisar em que medida se dá a aludida relação, já que, conforme ensina Manuela Santos (2010, p. 47), a intervenção mínima pode ser decomposta nos subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

A fragmentariedade já foi aqui referida, posto que – ao menos teoricamente, conforme vimos — se insere na submáxima da adequação. Na linha do que se expôs, adotado o postulado da proporcionalidade como paradigma, esta ideia de fragmentariedade como proteção exclusiva de bens jurídicos não tem grande força limitadora: a fragmentariedade decorre do resultado final do exame de proporcionalidade, pois, na prática, a adequação não serve como filtro. Assevera-se, todavia, que esta é discussão não pertence ao presente tópico, pois não se conecta à submáxima da necessidade.

Por outro lado, a segunda faceta do princípio da intervenção mínima afina-se perfeitamente ao exame de necessidade. Com efeito, conforme há pouco destacado, esta etapa da proporcionalidade significa que não existe outra medida igualmente idônea e menos restritiva ao bem jurídico contraposto ao que se quer promover.

Aplicando-se esta ideia ao direito penal, atinge-se justamente a subsidiariedade: só se recorre ao direito penal quando a cominação de pena é o único meio que propicia ou fomenta a proteção do bem jurídico. Isso porque o direito penal interfere gravemente na esfera jurídica do acusado. Não só a própria prisão é suplício dos mais terríveis, mas também a mera persecução penal já opera graves sequelas mentais e efeitos socialmente estigmatizantes.

Nesse diapasão, preciso é o raciocínio de Fábio Roque Araújo (2009, p. 278–279):

> O direito é uma das inúmeras formas de controle social. Além da regulamentação jurídica, as 'normas' de convivência, não institucionalizadas, oriundas da dinâmica social, da conjuntura do espaço cultural e da religião, para citar apenas algumas, compõem o que se pode chamar de controle social. Quando estas formas de controle se mostrarem insuficientes, deve-se fazer valer o quanto prescrito pelas normas jurídicas. Demais disso, antes de se recorrer às normas penais, devem ser exauridas as instâncias extra-penais (civil, administrativa, etc.), razão pela qual se diz que o direito penal é orientado pela idéia [sic.] de *ultima ratio*, isto é de subsidiariedade.

3.2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito no direito penal

O postulado da proporcionalidade tem seu fim e apogeu no juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Conforme expusemos em outro escrito (Carvalho, 2023, p. 94), nesta terceira etapa, analisa-se o custo-benefício da intervenção, segundo a lei da ponderação alexyana.

Trata-se de esforço argumentativo em que, tomando-se em conta *topoi* das mais diversas naturezas (doutrina, valores constitucionais, densificações legislativas etc.), verifica-se se a relação "custo-benefício" da restrição que se busca empreender. Dos referidos topoi, indubitavelmente, os de maior relevância são os postos no próprio texto constitucional, porquanto dotados de superlegalidade material (Canotilho, 2003, p. 890).

Além disso, alguns bens jurídicos constitucionais têm maior relevância em relação aos outros (a exemplo dos princípios fundamentais de uma Carta Magna). Não se trata de maior relevância *a*

priori – como já foi esclarecido, *prima facie* todos são iguais, por terem hierarquia constitucional –, e sim à luz da carga argumentativa utilizada no sopesamento. O que se está a dizer é que há certos valores dotados de uma *preferred position*. Sobre este conceito, veja-se:

> [...] a *preferred position* é um peso argumentativo maior, ensejado por *topoi*: tendem a prevalecer, na ponderação, direitos fundamentais tipicamente ressaltados pela doutrina, pela ponderação abstrata do legislador, ou os que apresentam alguma peculiaridade empírica, a exemplo do direito à vida, que é pressuposto do exercício de (quase) todos os outros direitos fundamentais. O que há aqui não é uma superioridade hierárquica, e sim, como dissemos, um peso maior na ponderação que, contudo, pode ser relativizado (BARROSO, 2004, p. 7), bastando que haja argumentos contrários suficientemente fortes (Carvalho, 2023, p. 96).

No campo penal, o conflito que ocorre na proporcionalidade em sentido estrito é entre a liberdade de locomoção *versus* o bem jurídico que se busca proteger com a retirada do criminoso do convívio social, conforme a lógica funcionalista.

Nesse âmbito, destaca-se que a liberdade de locomoção é dotada da aludida *preferred position*, uma vez que decorre diretamente do princípio fundamental da liberdade (CRFB/1988, art. 3º, I), alicerce básico de um Estado Liberal (CRFB/1988, art. 1º). Assim, é como se a balança da ponderação tivesse a tendência de pender para este lado, cabendo ao ente que promove a criminalização o ônus argumentativo. Ou seja, deve demonstrar que o bem jurídico a ser preservado supera, na espécie, a liberdade de locomoção.

Outrossim, continuando o esforço de demonstrar como a proporcionalidade abarca os tradicionais princípios do direito penal, veja-se como ela se relaciona com o da ofensividade. Especificamente, lança-se mão deste princípio na fase de proporcionalidade em sentido estrito, submáxima ora analisada. Por oportuno, destaca-se que se trata de um verdadeiro princípio, trazendo em si um valor axiológico e uma prescrição teleológica, não meramente procedimental. É, pois, o tipo de norma que deve ser empregada na terceira etapa do sopesamento.

Nesse sentido, Zaffaroni e Batista vedam a criminalização em caso de "lesividade ínfima" (Mello, 2014, p. 260). Sebástian Mello, por sua vez, afirma que o princípio da insignificância se insere no exame da proporcionalidade em sentido estrito e diz que, caso o referido princípio não seja atendido, "há uma máxima vulneração dos Direitos Fundamentais por parte do Estado, em confronto com a lesão mínima ao bem jurídico" (*id*., p. 261), o que indica desproporcionalidade.

Precisamente, a aferição da ofensividade se insere no que, no estudo da proporcionalidade, chama-se de "lei da ponderação", assim enunciada por Alexy: "cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectacion de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 1997, p. 171 *apud* Carvalho, 2023, p. 95).

O que se está a defender é que pode haver maior ou menor ofensividade. Para que se chegue a esta conclusão, é preciso relembrar a definição deste princípio: lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, de modo exterior e com alteridade. Ora, a lesão ou o perigo de lesão podem ser maiores ou menores, caso a caso. Assim, mesmo se houver *alguma* ofensividade, não é sempre que será válida a criminalização, dependendo da aferição da extensão da ofensa e, nos moldes da lei da ponderação, da importância do bem ofendido.

Além disso, a graduação da pena também se insere na proporcionalidade em sentido estrito. Sufragando entendimento semelhante, Manuela Santos (2010, p. 114). Também Beccaria (1997, p. 38), bem como Batista e Zaffaroni (2004, p. 230), na linha defendida por Sebástian Mello (2014, p. 260):

> No que se refere ao Direito Penal, Batista e Zaffaroni sustentam que a criminalização alcança um limite intolerável de irracionalidade quando o conflito sobre cuja base se opera é de lesividade ínfima, ou se a afetação dos conflitos é grosseiramente proporcional à magnitude da lesividade do con-

> flito. Dessa maneira, além de perguntar sobre a necessidade e adequação da medida, deve-se investigar se a carga coativa da medida penal, cotejada com a violação, guarda uma relação de medida proporcional. Trata-se de lição velha, pois Beccaria, há séculos, já defendia a proporcionalidade entre pena e delito, afirmando, textualmente, que se houvesse possibilidade de se adaptar a geometria às combinações das ações humanas, deveria haver uma escala de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas cabendo ao sábio legislador assinalar os principais pontos, sem alterar-lhes a ordem, para que os delitos de primeiro grau não venham a ter a pena do último.

Acreditamos que o posicionamento dos doutrinadores precitados é correto. Mais que mera análise da "razoabilidade-equivalência" — conceito cunhado por Humberto Ávila (2004, p. 372) —, a graduação da pena é um fator a ser considerado na proporcionalidade *stricto sensu*. Deveras, sempre tendo em mente a lei da ponderação, percebe-se que quanto maior a pena, maior a restrição à liberdade de locomoção e direitos afins que figuram deste lado da balança. Assim, quanto mais se aumenta a pena, mais se restringe a liberdade, até um ponto em que a restrição pode revelar-se desproporcional.

4. CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, identificou-se que a teoria do bem jurídico é falha como meio de limitação do direito penal. Em outras palavras, sua função político-criminal não se sustenta isoladamente, seja qual for a subteoria que se escolha. Com efeito: (i) ou não tem fundamento de validade, pois adota critérios sociológicos ou jusracionalistas que são, em verdade, pré-jurídicos (ver item 2.2); (ii) ou não oferece critérios verdadeiros de limitação, seja porque deduz o conceito de bem jurídico da própria lei (teorias comentadas nos itens 2.1 e 2.3), seja porque se busca extrair os bens jurídicos da Constituição, que, por sua amplitude, não oferece limitação aceitável (ver item 2.4).

Porém, verificou-se que a teoria do bem jurídico não deve ser completamente desconsiderada, podendo ser salva se integrada ao postulado da proporcionalidade. No que se refere à sua função interpretativa, viu-se que é importante para definir qual valor será ponderado, atividade empreendida na submáxima da adequação. No que toca à função político-criminal, apenas as teorias constitucionais do bem jurídico oferecem contribuição relevante, porém somente adquirem validade se integradas à proporcionalidade, auxiliando na etapa da proporcionalidade *stricto sensu*, funcionando como um topos doutrinário que ajuda a aferir a força de cada princípio no sopesamento.

Tendo sido evidenciada a superioridade da *Verhältnissmäßigkeitsgrundsatz*, por estabelecer limites válidos e reais à criminalização, partiu-se para a análise pormenorizada deste postulado no âmbito penal.

Nessa parte do trabalho, chegou-se à conclusão de que apenas se revela o bem jurídico-penal — se é que este termo pode ser utilizado — no fim do exame da proporcionalidade, e não na submáxima da adequação, como afirmou Fábio Roque Araújo (ver item 3.2.1.1). Aduziu-se que se se quer combinar os dois paradigmas, é preciso que a compatibilização seja feita nos limites da estrutura do postulado da proporcionalidade.

Ademais, ainda na referida parte, viu-se que diversos princípios penais se inserem no raciocínio da proporcionalidade: (i) a lesividade ou ofensividade tangencia a submáxima da adequação e é fulcral na etapa da proporcionalidade em sentido estrito, revelando que tipo de lesão ao bem jurídico permite a cominação penal; (ii) a subsidiariedade relaciona-se diretamente com o subpostulado da necessidade: o direito penal é *ultima ratio*; (iii) a graduação da pena em abstrato é raciocínio que se faz mediante ponderação (proporcionalidade *stricto sensu*), aferindo até que ponto se pode restringir a liberdade de ir e vir; (iv) a fragmentariedade, por sua vez, tem pouca relevância na fase da adequação (raros casos em que não se encontra um bem jurídico-constitucional que fundamente a iniciativa de criminalização), de modo que ela é, na verdade, uma decorrência da própria aplicação de um mecanismo de controle do direito penal.

Destarte, verifica-se que o postulado da proporcionalidade é a melhor alternativa para a aferição dos limites do direito penal, pois é ferramenta extremamente útil, bem fundamentada e, como coringa que é, abarca em sua estrutura as mais diversas ferramentas seculares desenvolvidas pela ciência do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona Gedisa, 1997. 208 p. Trad. de Jorge M. Senã

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p. Trad. Virgílio Afonso da Silva.

ALMEIDA, Ândreo. A aplicação dos princípios a partir das teorias de Humberto Ávila e Robert Alexy. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales (RCCS)*, n. 9, p. 4, 2019. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9087971.pdf. Acesso em: 11 mar. 2025.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista Brasileira de ciências criminais*, n. 80, p. 35–79, 2009. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5071359. Acesso em: 11 mar. 2025.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 369–384, 2004. Disponível em: http://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45034. Acesso em: 11 mar. 2025.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 235, p. 1–36, 2004. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45123. Acesso em: 11 mar. 2025.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*, 2. ed. São Paulo, Editora *Revista dos Tribunais*, 1997. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, v. 1, n. 1, p. 16–29, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Bernardo Oliveira Simões de. Liberdade de expressão nas redes sociais: limites dos limites. *In:* PAZÓ, Cristina *et al. Direitos Fundamentais e Internet*: práticas conectadas, escolhas referenciadas e sentidos antagônicos. Porto Seguro: UFSB, 2023. p. 83–118. Disponível em: https://www.academia.edu/110123903/Direitos_Fundamentais_e_Internet_pr%C3%A1ticas_conectadas_escolhas_referenciadas_e_sentidos_antag%C3%B4nicos. Acesso em: 11 mar. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 93. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, v. 2, ed. 3, p. 249–276, jul/dez. 2007. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7257423. Acesso em: 11 mar. 2025.

GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig. Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS, v. 234, 2008. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2008_5_ger.pdf. Acesso em: 11 mar. 2025.

MACHADO, Tomás Grings. *Seria o princípio da ofensividade um limite válido à criminalização de condutas?*. *In:* 4º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS, 2013, Porto Alegre. 4º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. v. IV. Disponível em: https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/06.pdf. Acesso em 11 mar. 2025.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no Direito Penal. *Revista ESMAT*, v. 6, n. 7, p. 245-276, 2014. Disponível em: https://scholar.archive.org/work/vfl6j32w2bgf3pyv4ssce5q2je/access/wayback/http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/downloadSuppFile/10/1. Acesso em: 11 mar. 2025.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Trad. Jean Melville.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 15, n. 10, p. 1–27, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/download/46601111/Bien_Juridico_Claus_Roxin.pdf. Acesso em: 11 mar. 2025.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

SALES, José Edvaldo Pereira. *O princípio (instituidor) da intervenção mínima*: a proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufpa.br/handle/2011/6405. Acesso em: 11 mar. 2025.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*: Uma contribuição ao debate da teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9366. Acesso em: 11 mar. 2025.

SANTOS, Manuela Bitar Lelis dos. *Bem jurídico penal e princípio da proporcionalidade*: Uma análise crítica da pena em abstrato. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufpa.br/handle/2011/6377. Acesso em: 11 mar. 2025.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 197, p. 65–74, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65. Acesso em: 11 mar. 2025.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23–50, 2002. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf. Acesso em: 11 mar. 2025.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/56635?show=full. Acesso em: 11 mar. 2025.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre Bemerkungen zum Verhaltnis von Strafe und Staat. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 158, n. 11, p. 653–661, 2011. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3789538. Acesso em: 11 mar. 2025.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. Trad. Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 3–14, 2014. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/51810. Acesso em: 11 mar. 2025.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

MOBILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SOCIAIS PERANTE A INEFICÁCIA DO ESTADO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

MOBILIZATION OF SOCIAL MOVEMENTS IN THE FACE OF THE STATE'S INEFFICACY IN COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN IN BRAZIL

*Gabriele Fernandes da Silva**
*Isabella Jorge dos Santos***
*Sarah Peçanha Barbosa****
*Andressa Silva dos Santos*****
*Evelin de Oliveira Costa******
*Larissa Tavares Nogueira*******
*Maria Eduarda Lacerda Pires********

Resumo: A violência contra a mulher é considerada uma violação aos direitos humanos em que ocorre em diferentes contextos socioculturais ao redor do mundo. Apesar dos esforços envidados por meio de legislação e políticas públicas para resolver esta questão, a incapacidade do Estado em combatê-la continua eficazmente a ser preocupante. Contudo, os movimentos sociais agem como atores cruciais na mobilização e pressão para mudanças significativas. Tais movimentos desempenham um papel vital na oferta de apoio e na criação de redes de solidariedade para as mulheres que enfrentam situações de violência. A urgência e a importância de abordar a violência baseada no gênero e a resposta do Estado à mesma justificam a importância deste tema. O fracasso do Estado em proteger as mulheres da violência representa uma grave violação dos direitos humanos e dos compromissos de igualdade de gênero. Além disso, examinar como os movimentos sociais respondem a esta lacuna ao fornecer informações valiosas para o desenvolvimento de políticas mais importantes e para o fortalecimento da sociedade civil na totalidade.

Palavras-chave: Violência. Estado. Mulher. Movimentos sociais. Políticas públicas.

Abstract: Violence against women is considered a violation of human rights and occurs in different sociocultural contexts around the world. Despite the efforts made through legislation and public policies to resolve this issue, the State's inability to combat it effectively continues to be worrying. However, social movements act as crucial actors in mobilizing and pressuring for significant changes. Such movements play a vital role in offering support and creating solidarity networks for women facing situations of violence. The urgency and importance of addressing gender-based violence and the State's response to it justify the importance of this topic. The State's failure to protect women from violence represents a serious violation of human rights and gender equality commitments. Furthermore, examining how social movements respond to this gap provides valuable information for developing more important policies and strengthening civil society as a whole.

Keywords: Violence. State. Woman. Social movements. Public Policies.

*** Fundadora e Vice-Presidente da Liga Acadêmica de Direito Internacional (LADI/UERJ), pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI/UERJ), Centro de Estudos de Direito de Energia (CEDEN/UERJ) e pesquisou na Liga Estudantil de Ciências Forenses (LECF/UERJ). Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/1534320701109680. E-mail: ghaby_by@hotmail.com.**

**** Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Estagiária jurídica na empresa Tim Brasil, membro do Centro de Estudos de Direito de Energia (CEDEN/UERJ) e da Revista Contexto Jurídico (UERJ). E-mail: isabellaj254@gmail.com.**

***** Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Estagiária na 1ª e 2ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso. E-mail: sarahpbarbosaa@gmail.com.**

****** Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: andressasilvarj2000@gmail.com.**

******* Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: evelin.1999rj@gmail.com.**

******** Técnica em Administração pelo Colégio Setembro, graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e certificada em Perícia Grafotécnica pelo Conselho Nacional dos Peritos Judiciais do Brasil (CONPEJ). Estagiária jurídica pelo Programa Estadual Rio sem LGBTfobia. E-mail: noguetavares@gmail.com.**

********* Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: evelin.1999rj@gmail.com. <?> Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: ghaby_vixen@hotmail.com.**

1. INTRODUÇÃO

A questão da violência contra as mulheres é um problema generalizado que continua a ser uma das mais graves violações dos direitos humanos, afetando mulheres de diversas origens e circunstâncias. Apesar dos extensos esforços para resolver a temática, a incapacidade do Estado de proporcionar proteção adequada e justiça às vítimas continua a ser uma preocupação significativa. A violência baseada no gênero feminino continua a ser um problema persistente e significativo em numerosas sociedades, servindo como um reflexo nítido das disparidades de gênero profundamente enraizadas. Apesar da implementação de iniciativas e estratégias governamentais, o Estado demonstra uma deficiência na abordagem da questão em diversos contextos

Nesse contexto, considera-se que os movimentos sociais desempenham um papel essencial na procura de soluções eficazes e duradouras. Assim sendo, esse estudo aspira explorar como esses movimentos se organizam em resposta às carências do Estado no combate à violência contra as mulheres, percorrendo as suas estratégias, impactos e os desafios que encontram. O presente estudo visa analisar tática utilizadas pelos movimentos sociais para fomentar a tomada de decisões mais fortes no combate e penalização da violência contra as mulheres. Além disso, ao examinar os obstáculos encontrados por estes movimentos, podem ser identificadas deficiências nas políticas atuais e podem ser sugeridas soluções mais eficientes.

Sendo assim, por meio de uma análise da influência exercida pelas iniciativas dos movimentos, avalia-se a eficácia de aumentar a consciência pública e de formular políticas públicas mais abrangentes, facilitando assim o desenvolvimento de medidas sociais eficazes e a geração de dados relativos a esta questão. Destarte, ao adquirir uma compreensão mais profunda da dinâmica desta mobilização, pode-se identificar modos de consolidar a resposta coletiva à violência baseada no gênero e promover transformações sociais e institucionais significativas.

2. CONCEITO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Foi a partir da década de 80 que as políticas públicas do ponto de vista do gênero começaram a ser implementadas no Brasil. Isso foi resultante das conferências internacionais sobre as mulheres e do movimento feminista (Cavalcanti; Oliveira, 2017, p. 196). Assim sendo, surge a Convenção Interamericana, também conhecida como Convenção de Belém do Pará de 1994, para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher define a violência contra mulher em primeiro artigo como “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” (Pará, 1994, p. 1).

Dessa maneira, define-se que a violência contra a mulher pode assumir diferentes formas, como a sexual, a física e a psicológica, manifestando-se em contextos familiares, relacionamentos pessoais ou durante a convivência no mesmo espaço residencial. Esse fenômeno se intensifica em ambientes próximos à vítima, onde a percepção da violência pode ser dificultada. Nesse sentido, Matana destaca que “a violência de gênero é fruto de uma sociedade machista, e esse machismo que é estrutural, acaba dificultando a percepção da mulher de estar vivenciando esse ciclo de violência” (Matana, 20--, p. 20). Além disso, ocorre, também, por terceiros mediante a prostituição forçada, tráfico de mulheres, sequestro e o assédio moral e sexual no trabalho, em instituições educacionais, de saúde ou em transportes públicos. Esse tipo de violência pode ser produzido e tolerado pelo Estado e seus agentes, como prevê o art. 2º da Convenção de Belém do Pará (Pará, 1994, p. 1).

Por conseguinte, tais danos se dividem em modalidades, estando presentes em apenas uma das modalidades a seguir ou mais de uma numerada, conforme a Lei Maria da Penha. Desse modo, a Lei nº 11.340/2006, prevê cinco tipos de violência contra mulher: violência física, violência psicológica, violência moral, violência sexual e violência patrimonial.

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> 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 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;
> 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 (Brasil, 2006, p. 2).

Assim sendo, a violência física é caracterizada por qualquer conduta que atente contra a integridade corporal e a saúde da vítima, incluindo o uso de força física ou de objetos que possam provocar ferimentos ou marcas. Socos, chutes, mordidas, puxões de cabelo, queimaduras e mutilações são alguns exemplos de agressões desse tipo. A gravidade desse problema no Brasil é evidenciada pelos dados do Instituto Patrícia Falcão, que apontam que, em 2021, 26 mulheres foram vítimas de agressão física por hora, totalizando 631 casos diários (Instituto Patrícia Falcão, 2022, p. 1). Continuadamente, a violência psicológica é definida como "qualquer conduta que cause dano emocional, diminua a autoestima da vítima, prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento da mulher, ou vise controlar ou degradar suas ações e crenças" (Instituto Maria da Penha, 2024, p. 3). Esse tipo de violência pode se manifestar por meio de ameaças, constrangimentos, isolamento, manipulação e humilhação, entre outras formas de abuso. A dimensão desse cenário é reforçada por dados coletados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que, em 2021, registrou 27.722 casos de perseguição e 8.390 ocorrências de violência psicológica (Anuário..., 2022, p. 16).

Além disso, a violência moral é caracterizada por qualquer conduta que represente calúnia, difamação e/ou injúria. A difamação consiste em atribuir a alguém um fato negativo que, embora não constitua crime, possa prejudicar sua reputação, conforme previsto no art. 139 do Código Penal. Já a calúnia ocorre quando se imputa falsamente a alguém a prática de um crime, conforme disposto no art. 138 do Código Penal. Por fim, a injúria refere-se à ofensa direta à dignidade ou à honra de alguém por meio de palavras ou atribuições pejorativas, conforme o art. 140 do Código Penal. Exemplos de violência moral incluem acusações falsas de traição, exposição da vida íntima e falsas imputações de furto.

A violência sexual, por sua vez, envolve qualquer ato sexual não consentido, praticado mediante uso de força, intimidação, ameaça ou coação, bem como situações em que a vítima seja obrigada a presenciar atos de natureza sexual contra sua vontade. Isso posto, a conjuntura brasileira, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2019, demonstrou em seus dados que uma mulher foi vítima de estupro a cada 8 minutos, resultando em um total de 66.348 casos registrados ao longo do ano (Anuário..., 2020, p. 13). Nesse contexto, o Instituto Maria da Penha ressalta que a violência sexual pode se manifestar de diferentes formas, como:

> Obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa; impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a abortar; forçar matrimônio, gravidez ou prostituição por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação; limitar ou negar o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; estupro. (Instituto Maria da Penha, 2024, p. 4)

Continuadamente, no que diz respeito à violência patrimonial, desde o início da pandemia, em 2021, estima-se que houve um aumento de 47% nos casos deste tipo de violência no Brasil, evidenciando a intensificação de situações em que os bens e recursos materiais das vítimas são subtraídos, destruídos ou controlados pelo agressor (Violência Patrimonial, 2020, p. 3). Assim sendo, essa forma de violência é caracterizada por "qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens de valores, direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades" (Instituto Maria da Penha, 20–a, p. 4).

Afora a Lei Maria da Penha, existe a violência processual, em que se refere a práticas ou comportamentos que ocorrem no sistema legal ou judiciário e que perpetuam a violência de gênero ou discriminam as mulheres durante processos legais. Podem se manifestar com ações de descrença ou minimização dos relatos de violência por parte de autoridades judiciais, de retardamento ou negligência no andamento de processos relacionados à violência contra mulheres, de uso de estereótipos de gênero para justificar ou desqualificar as alegações das vítimas, com decisões judiciais que não protegem adequadamente as vítimas ou que colocam em risco sua segurança e com a falta de acesso a recursos legais ou de apoio para mulheres em situações de violência. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em 2024 até o mês de abril já existem mais denúncias de violências processuais contra mulheres do que no ano passado, são 20 casos registrados esse ano contra 16 registrados durante o ano passado (Gamba, 2024).

Conforme dados do Instituto de Pesquisa DataSenado, em uma pesquisa realizada com mulheres que já foram vítimas de violência, a violência psicológica foi apontada como a mais recorrente, com 89% das entrevistadas afirmando terem sofrido esse tipo de agressão. Em seguida, aparecem a violência moral (77%), a violência física (76%), a patrimonial (34%) e, por fim, a sexual (25%) (Instituto de Pesquisa DataSenado, 2023, p. 12). Estima-se que 3 em cada 10 mulheres brasileiras já tenham sofrido violência doméstica cometida por um homem, o que representa mais de 25,4 milhões de mulheres. Dessas, 52% relataram ter sido agredidas pelos próprios companheiros e 15% por ex-companheiros (Instituto de Pesquisa DataSenado, 2023, p. 17). Os dados estatísticos mencionados evidenciam a amplitude e gravidade do problema, destacando a frequência alarmante com que as mulheres são vítimas de diferentes tipos de violência. A violência psicológica emerge como a forma mais prevalente, seguida pela violência moral, física, patrimonial e sexual. Essa hierarquia de incidência não apenas revela a gravidade das agressões, mas também reforça os desafios associados à identificação e denúncia de casos, especialmente aqueles que não deixam marcas visíveis.

Além disso, conforme o boletim *Elas Vivem: Liberdade de Ser e Viver*, uma mulher falece a cada 15 horas em decorrência de violência de gênero, sendo, em sua maioria, vítimas de seus companheiros ou ex-companheiros. Esse dado reforça a gravidade do problema e a necessidade de políticas públicas eficazes para enfrentá-lo. Em complemento, levantamento realizado pelo Instituto DataSenado revela que 74% das mulheres brasileiras acreditam que a violência contra as mulheres aumentou em 2023. Essa percepção é ainda mais acentuada entre mulheres em situação de vulnerabilidade, como as de baixa renda (78%), seguidas por mulheres negras, pardas e indígenas (71%), brancas e amarelas (70%) e, por fim, mulheres com renda superior a dois salários mínimos (62%) (Instituto de Pesquisa DataSenado, 2023, p. 6–7).

Os dados demográficos apresentados evidenciam a interseccionalidade da violência de gênero, destacando disparidades significativas baseadas em raça, classe social e escolaridade. Essa análise reforça a importância de adotar uma abordagem interseccional no enfrentamento da violência contra as mulheres, considerando que diferentes grupos vivenciam essa realidade de formas distintas e, consequentemente, exigem estratégias específicas de combate e prevenção. Assim, a percepção de aumento da violência entre mulheres negras e pobres revela uma dimensão estrutural do problema, vinculada a desigualdades históricas que permeiam a sociedade brasileira.

Uma pesquisa realizada em parceria entre a Uber e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública

revela que a violência contra mulheres com menor nível de escolaridade é significativamente maior do que contra aquelas que possuem ensino superior. Da mesma forma, observa-se que mulheres negras e aquelas que têm filhos enfrentam índices mais elevados de violência, o que evidencia uma realidade de maior vulnerabilidade para esses grupos específicos (Fórum..., 2023, p. 19). Esses dados reforçam a necessidade de políticas públicas inclusivas e sensíveis às múltiplas dimensões de desigualdade que impactam a vivência das mulheres em diferentes contextos sociais.

Nesse sentido, a ausência de sensibilidade por parte das autoridades judiciais, bem como a perpetuação de estereótipos de gênero, contribuem para minar a confiança das mulheres no sistema de justiça, agravando ainda mais o problema. Ademais, as percepções relatadas pelas próprias mulheres quanto ao aumento da violência demonstram a urgência de fortalecer os esforços de prevenção e de garantir mecanismos eficazes de proteção. A violência de gênero, portanto, não deve ser encarada apenas como um problema individual, mas como um reflexo das desigualdades estruturais e culturais profundamente enraizadas na sociedade. Assim, seu enfrentamento demanda uma resposta coletiva, coordenada e comprometida com a promoção da igualdade de gênero e da justiça social.

3. HISTÓRICO DE MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL

Os movimentos sociais são, em geral, grupos ou ações organizadas para modificar determinada área da sociedade. Em essência, são coletivos de base que lutam por questões sociais. Esses movimentos surgem geralmente da iniciativa cidadã como resposta às necessidades não atendidas de indivíduos ou grupos excluídos no processo democrático, exigindo os seus direitos e contribuindo para uma sociedade mais equitativa.

Considera-se que há dois tipos distintos de movimentos sociais: os conjunturais e estruturais. Primeiramente, os movimentos conjunturais têm objetivos específicos e de curto prazo (muitas vezes com uma base econômica, como tarifas baixas nos sistemas de transporte). Continuadamente, os movimentos estruturais são movimentos sociais com objetivos de longo prazo e uma reivindicação fundamentada em questões que necessitam de uma reestruturação da sociedade. Alguns exemplos são movimentos trabalhistas, movimentos anti-racismo e movimentos feministas.

> Na atualidade, muitos deles apresentam um ideário civilizatório que coloca como horizonte a construção de uma sociedade democrática — suas ações são pela sustentabilidade e não apenas autodesenvolvimento. [...] Há neles, na atualidade, uma ressignificação dos ideais clássicos de igualdade, fraternidade e liberdade. A igualdade é ressignificada com a tematização da justiça social; a fraternidade se retraduz em solidariedade; e a liberdade associa-se ao princípio da autonomia — constituição do sujeito, não individual, mas coletivo; autonomia entendida como inserção e inclusão na sociedade, com autodeterminação, com soberania. **Os movimentos sociais sempre têm um caráter educativo e de aprendizagem para seus protagonistas** (Gohn, 2013, p. 13, *grifo* nosso).

A história do Brasil é marcada por lutas e revoltas populares, desde o século XVI — período colonial, com a Confederação de Tamoios (1562), passando por outros diversos levantes ao longo da sua história. Os movimentos sociais no Brasil são marcados por grandes embates realizados contra governos autoritários e pela luta pela liberdade e democracia (Gohn, 2000, p. 15).

Desse modo, diversas organizações ao longo da história brasileira apresentaram características de movimentos sociais, como o movimento liderado por pessoas escravizadas que reivindicavam o fim da escravidão — a Revolta dos Malês (1835). Também podem ser citados os movimentos que lutaram pelo fim da colonização, a exemplo da Inconfidência Mineira (1789), e os movimentos feministas que conquistaram o direito ao voto feminino (1932). Esses movimentos surgiram em contextos de profunda desigualdade social, onde "no topo da pirâmide social estavam os senhores de engenho, os militares e funcionários graduados e o clero. Eles eram seguidos pelos lavradores, grandes mercadores e artesãos. Os pobres livres eram os penúltimos, pois os

últimos eram os cativos, os escravos" (Gohn, 2000, p. 15).

No entanto, os movimentos sociais adquiriram maior relevância e destaque a partir da década de 1970, especialmente em oposição ao regime da Ditadura Militar instaurado em 1964. Durante esse período, a repressão estatal atingiu seu auge com a promulgação do Ato Institucional n.º 5, em dezembro de 1968, que "cassando e punindo pessoas e estabelecendo severas restrições aos direitos sociopolíticos dos cidadãos, foi o ponto culminante de uma era de medo, repressão e violação dos direitos humanos, comandada por regimes militares que se espalhariam por toda América Latina" (Gohn, 2000, p. 18). Foi nesse período que os acadêmicos e os políticos passaram a adotar o termo "movimentos sociais" para as formas de organização da sociedade civil brasileira. Assim, o movimento Diretas Já (1983) foi o mais notório e expressivo da época, que consistia em protestos que reivindicavam o fim do regime militar, exigindo eleições democráticas.

Com o enfraquecimento, e depois, o fim da ditadura, outros movimentos importantes surgiram, com o destaque dos seguintes:

1. Movimentos dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) — 1984: movimento social que atua no meio rural brasileiro e surge na cidade de Cascavel–PR. Seu objetivo é a democratização do acesso à terra no Brasil, no intuito de realizar a reforma agrária e garantir a justiça social no campo. Além disso, sua estrutura se dá por meio de núcleos locais (assentamento e acampamentos), regionais, estaduais e nacionais onde as decisões são tomadas.

2. Os Caras Pintadas — 1992: movimento estudantil apoiado pelo movimento operário/sindicalista que tinha como objetivo principal o impeachment do então presidente, Fernando Collor de Mello. Assim, muitos jovens saíram às ruas com as caras pintadas pelas cores do país para se manifestar contrários a política econômica e os esquemas de corrupção do Governo Collor.

3. Movimentos dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) — 1997: movimento social urbano que atua nas grandes capitais brasileiras e tem como base o direito à moradia por meio da reforma urbana e da diminuição da desigualdade social. Ademais, suas ações consistem em ocupar imóveis que se encontram em situação de irregularidade, visando mobilizar e pressionar as autoridades pela desapropriação desses imóveis.

Atualmente, muitos movimentos lutam por melhorias no país, inclusive para grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados do processo democrático, tendo conquistado direitos importantes. Assim, "deve-se destacar que o crescimento do terceiro setor neste final de milênio é um fenômeno do mundo ocidental, e não apenas dos países do Terceiro Mundo" (Gohn, 2000, p. 22). É o caso do movimento indígena, negro, feminista, LGBTQIA+ e ambientalista.

3.1 HISTÓRIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS NO BRASIL

O movimento feminista surgiu no Brasil no século XIX, lutando por questões cidadãs como o direito a educação feminina e o direito ao voto. Ressalta-se que, no século XIX, a condição da mulher acompanhava as desigualdades sociais e econômicas do país na época da escravidão. Assim, a sociedade oprimia de maneira intensa a população feminina, tanto a mulher negra na sua condição de pessoa escravizada, sendo considerada um objeto, quanto a mulher branca, restrita às tarefas do lar, sem autonomia sobre a sua vida.

Durante muitos anos, o acesso à educação foi negado à população feminina. Deste modo, somente no Brasil Império, a partir da Lei Geral, promulgada em 15/10/1827 as mulheres, exclusivamente as brancas, foram autorizadas a ingressarem no ensino básico. Neste campo, a escritora e professora Nísia Floresta Augusta é considerada pioneira do feminismo no país, ao fundar a primeira escola para meninas no Rio Grande do Sul e, *a posteriori*, no Rio de Janeiro. Entretanto, as

escolas femininas, além de serem separadas das masculinas, tinham aspectos distintos. Para as meninas, o foco era prepará-las para cuidar da casa e da família, e conteúdo, como a matemática, eram reduzidos. Além disso, somente em 1879, por meio do Decreto n.º 7.247, foi permitido às mulheres ingressarem nas universidades, isto é, 52 anos após o acesso à educação básica.

Com o advento da Primeira República, o movimento feminista se torna mais amplo. O novo regime não concede o direito de voto às mulheres. Por isso, as mulheres passaram a se dedicar à luta pelos seus direitos políticos. Dessa forma, vinte anos depois da Proclamação da República (1889), nasce o Partido Republicano Feminino (1910), como ferramenta de defesa do direito ao voto e emancipação das mulheres na sociedade. No entanto, quando o partido foi criado, as mulheres não eram autorizadas a se candidatar, visto que, para concorrer a algum cargo oficial, era necessário ser eleito e elas não possuíam esse direito.

Vale destacar que em 1928, época que as mulheres nem sequer tinham direito ao voto, a brasileira Alzira Soriano, de 32 anos, voltou e venceu as eleições municipais em Lajes, no Rio Grande do Norte, obtendo 60% dos votos. Ela se torna a primeira prefeita nomeada do Brasil, tendo sua posse em 1º/1/1929. Deste modo, sua eleição só foi possível por uma lei estadual que autorizava a participação das mulheres na política.

Contudo, o voto feminino só foi garantido pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro, em 1932, por meio do Decreto n.º 21.076, na Era Vargas. Tal conquista foi fruto da luta feminina pelo direito ao voto, que ocorria desde a Constituinte de 1891. Desse jeito, a eleição de 1933 marca a primeira vez que as mulheres possuem o direito amplo de votar e serem votadas.

A partir da década de 1960, incorporou questões que necessitam de melhoramento sendo debatidas e reivindicadas até os dias atuais, entre elas o combate a violência contra à mulher e ao assédio, igualdade entre homens e mulheres, equiparação salarial, acesso a métodos contraceptivos, saúde preventiva, entre outras pautas. Surge, a partir do final dos anos 70, o movimento feminista para contribuir no campo das políticas públicas em comunicação com o Estado para denunciar casos de violência doméstica e familiar contra mulheres de modo a promoção de cidadania e equidade nas relações de gênero.

> A primeira experiência de implantação de uma política pública de combate à violência contra as mulheres no Brasil ocorreu em 1985 com a criação da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher-DEAM. No mesmo ano foi constituído o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Em 1986, foi criada a primeira Casa-Abrigo para mulheres em situação de risco de morte do país. Essas três importantes conquistas da luta do movimento feminista no Brasil foram, durante muito tempo, as principais ações do Estado voltadas para a promoção dos direitos das mulheres no enfrentamento à violência (Cavalcanti e Oliveira, 2017, p. 200).

Na década de 80, os movimentos sociais feministas lutavam por pautas como igualdade jurídica entre homens e mulheres, além do direito a uma licença maternidade superior à licença paternidade. Ademais, no cenário político, com a volta da democracia no Brasil, as mulheres ganham mais protagonismo no governo através da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), em 1985. Ainda no ano de 1985, foi inaugurada a primeira Delegacia de Defesa da Mulher, especializada no atendimento de vítimas de agressão doméstica e demais tipos de violência de gênero.

Ademais, na década de 1990, com o aumento da escolarização feminina, os objetivos do movimento feminista foram se adaptando consoante a dinâmica da sociedade. Por isso, as mulheres começaram a exigir maior participação política, sendo assim, "o movimento feminista e a revolução sexual, de fato, provocaram grandes transformações no mundo moderno no que se refere aos direitos e deveres das mulheres" (Silva, 2010, p. 558). Assim, surgiram as chamadas leis de "discriminação positiva" que foram um avanço conquistado pelo movimento feminista. Estas leis obrigam os partidos a concederem cotas de 30% as mulheres candidatas ao legislativo.

> O pilar sobre o qual se sedimentava o discurso dos direitos da mulher pautava-se fundamentalmente em um discurso sobre e necessidade emergente de diminuir

> a diferença entre os sexos, a garantia de igualdade de direitos sobre todos os aspectos e, principalmente, a possibilidade de exercer a plena cidadania, com todos os direitos humanos essenciais à vida de um indivíduo (Silva, 2010, p. 567).

No século atual, o movimento feminista incorporou à sua agenda temas como a diversidade sexual, racial e questionamentos acerca da maternidade. Com o advento da tecnologia, houve um maior alcance dos ideais feministas. Além disso, na legislação brasileira, também houve significativos avanços como a sanção da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) no governo Lula, punindo com mais rigor os casos de violência doméstica contra as mulheres.

Além disso, ocorreu o crescimento por parte dos movimentos feministas, a preocupação com o corpo da mulher e com o seu uso na sociedade. Nesse sentido, a organização Marcha das Vadias é um exemplo de utilização dos corpos femininos como forma de protesto, pois o público feminino que participava das manifestações utilizava poucas roupas. Presentemente, a luta pela erradicação da violência doméstica, maior representatividade política e por direitos reprodutivos são algumas das pautas que visam o fim de uma cultura que coloca a mulher como submissa ao homem.

3.2 PRINCIPAIS MOVIMENTOS SOCIAIS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

3.2.1 Instituto Maria da Penha

O seu nascimento está ligado à história de vida de Maria da Penha — mulher que fundou a ONG, vítima de violência doméstica praticada pelo ex-marido. A promulgação da Lei nº 11.340 de 22 de setembro de 2006 (hoje conhecida como Lei Maria da Penha) representou uma reparação simbólica, finalmente concretizada após anos de silêncio e impunidade ao agressor.

A missão do instituto é assegurar a aplicação da lei adequadamente, de modo a supervisionar permanentemente as estratégias de implementação e os quadros políticos — todos visando nutrir uma sociedade livre de violência doméstica. Além disso, o instituto elabora programas educativos, para a conscientização sobre a violência baseada no gênero no tecido social, bem como promove iniciativas de monitoramento às estatísticas sobre as taxas de violência de gênero no Brasil, ao mesmo tempo em que dialoga sobre mecanismos eficazes de combate.

1. Fórum Brasileiro de Enfrentamento à Violência Doméstica: visa fomentar um espaço permanente de debates, articulações e cooperações técnicas de modo a enfrentar a violência doméstica contra as mulheres. Dessa maneira, são suas atividades: debater e divulgar a Lei Maria da Penha; discutir dados estatísticos, a partir de recortes de etnia, idade e territorial; incentivar a criação de políticas públicas, bem como propor o desenvolvimento de respectivas melhorias, e ampliar a visibilidade de boas práticas de enfrentamento à violência contra a mulher.

2. Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (PCSVDFMulher): realizada em parceria com a Universidade Federal do Ceará (UFC) desde 2016, a pesquisa objetiva a criação de um banco de indicadores estatísticos sobre a violência de gênero no Brasil, propondo uma investigação científica interdisciplinar sobre a temática. Assim sendo, é apoiada e financiada pela Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres (SPM), tendo abrangência nacional em sete capitais do território brasileiro: Belém–PA, Fortaleza–CE, Goiânia–GO, Porto Alegre–RS, Recife–PE, Salvador–BA e São Paulo–SP.

3.2.2 ONG Tamo Juntas

A ONG Tamo Juntas visa ser uma organização não só feminista como anti-racista, anti LGBTQI+fóbica e anticapitalista. Possui como principal vertente o feminismo interseccional, no qual se refere a diferenciar a abordagem consoante as opressões que o indivíduo sofre, como classe, raça,

cor, deficiência e gênero. Ela surge como crítica ao feminismo liberal, ao qual apenas favorecia mulheres brancas e privilegiadas. O termo interseccionalidade surgiu nesse campo com a ativista Kimberlé Crenshaw em 1989 (Assis, 2019, p. 19), que explicava que as opressões interagem entre si e devem ser analisadas juntas e não separadas, uma mulher negra deficiente, não deveria ser apenas ser vista como "mulher" ou "negra" ou "deficiente".

A organização tem como princípios a sororidade, compreendida com um laço de irmandade entre as mulheres, a defesa dos direitos humanos, a defesa da autonomia das mulheres, a ética profissional ao qual as participantes do projeto devem se comprometer, uma maternidade livre e os direitos das mulheres assegurados pelo Estado.

Por conseguinte, a ONG é composta por: mulheres que prestam assessoria gratuita àquelas que sofreram algum tipo de violência, profissionais de diversas áreas, promoção de eventos, cursos e rodas de diálogo. A organização pretende a conscientização do público e o acompanhamento jurídico — ida à delegacia para registro de ocorrência, realização de pedidos de medidas protetivas, atuação nas varas de família às mulheres, assistência de acusação em casos de violência sexual, prestação de outros tipos de orientações, e acompanhamento psicológico.

Sua fundação se iniciou com uma publicação de Laina Crisóstomo, advogada e presidenta da organização, em abril de 2016, na campanha "Mais amor entre nós", feita pela jornalista baiana Sueide Kintê, no Facebook, em um programa cujo objetivo era a promoção da sororidade entre as mulheres. Laina havia se voluntariado para atuar como advogada para uma mulher que sofreu violência doméstica, a publicação teve inúmeras curtidas e comentários, incluindo pedidos de socorro. Após a publicação, Laina se uniu com mais duas advogadas, Aline Nascimento e Carolina Rola e um mês depois foi criada a página no Facebook Tamo Juntas, para ser um canal de contato para orientação e encaminhamento das mulheres em situação de violência.

São seus principais projetos:

1. Mutirão de atendimento Lei Maria da Penha: esse projeto teve como parceiros a Igreja Batista Nazareth e Coordenadoria Ecumênica de Serviço (CESE), foi promovido durante junho a dezembro de 2016 um encontro por mês, para se realizar atividades como rodas de conversas, intervenções artísticas, oficinas de autocuidado, sorteios e atendimentos individuais. Esses encontros tiveram como objetivo oferecer um ambiente acolhedor às mulheres que sofreram violência e ajudar a fomentar laços entre mulheres.

2. Mutirões TamoJuntas pelo Brasil: com a participação da OAB, Ministério Público, ONGs, e a Câmara dos Vereadores, foram realizadas atividades como rodas de conversa, intervenções artísticas, oficinas de autocuidado. Os mutirões foram realizados em Sergipe, Pernambuco, Maranhão, Piauí, Rio Grande do Norte, Ceará e no Rio de Janeiro durante o segundo semestre de 2017.

3. Atendimento a mulheres em situação de violência: é a principal atividade da ONG, nesse projeto é prestado atendimento gratuito e sigiloso a mulheres em situação de violência e em vulnerabilidade social. O atendimento é feito presencialmente e online. Primeiro, é prestado o acolhimento e a escuta de demanda, depois se há uma análise sócio-jurídica, além de oferecer acompanhamento psicológico.

4. Mutirão feminista pelo desencarceramento: é uma intervenção feita no Complexo Penitenciário Lemos de Brito, para assessorar mulheres em prisão provisória, a fim de afirmar as garantias constitucionais às mulheres encarceradas. Tem como parceria o apoio do Fundo Brasil de Direitos Humanos.

5. Projeto "Porta de Saída": é um projeto que visa proporcionar momentos de lazer e cultura, oficinas de profissionalização, acolhimento e rodas de conversas, para mulheres que passaram pelo sistema prisional no Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A respeito dos movimentos sociais no Brasil, eles são reflexo das necessidades não atendidas da população, lutando por direitos e mudanças sociais em diversas áreas. Entre eles, os movimentos feministas desempenharam um papel fundamental na conquista de direitos e na conscientização sobre questões de gênero. Ao longo dos séculos, o movimento feminista no Brasil evoluiu, enfrentando desafios e conquistando progressos significativos. Desde os primeiros movimentos pela educação e pelo direito ao voto até as lutas contemporâneas pela igualdade salarial, pelos direitos reprodutivos e pela erradicação da violência doméstica, o movimento feminista tem sido uma força poderosa na busca por uma sociedade mais justa e igualitária. Importante ressaltar que, a interseccionalidade também emergiu como um conceito importante no movimento feminista, reconhecendo que as opressões de gênero estão interligadas com outras formas de opressão, como raça, classe social e orientação sexual. Isso levou a uma abordagem mais inclusiva e abrangente, buscando representar e defender os direitos de mulheres de todas as origens e identidades.

Quanto ao reconhecimento de determinados tipos de violência, percebe-se a ausência de familiaridade com variados conceitos, podendo resultar em subnotificação e falta de apoio adequado às vítimas. Essa lacuna de conhecimento pode dificultar o apoio adequado às mulheres em situação de violência, destacando a importância de ampliar a divulgação e o alcance dos projetos sociais voltados para o combate e prevenção da violência contra a mulher. Portanto, é crucial aumentar a conscientização sobre a violência patrimonial para garantir a proteção e o suporte necessários às mulheres que sofrem desse tipo de violência. Além disso, a análise da eficiência do Estado no combate à violência contra as mulheres e a avaliação das medidas protetivas como meio de prevenção ressaltam a necessidade de aprimorar as políticas e ações nesse sentido.

Além dos movimentos feministas, outras organizações e iniciativas têm lutado contra a violência de gênero no Brasil. O Instituto Maria da Penha, por exemplo, desempenha um papel crucial na aplicação da Lei Maria da Penha e na conscientização sobre a violência doméstica. Da mesma forma, a ONG Tamo Juntas oferece apoio e assistência a mulheres em situação de violência, promovendo a sororidade e a defesa dos direitos das mulheres. Apesar disso, visualiza-se que, ocorre de fato a ineficácia do Estado no combate à violência contra a mulher. Logo, reflete a falta de proteção e amparo adequados às vítimas. Quando as instituições responsáveis pela garantia da segurança e justiça falham em agir eficientemente, as mulheres ficam expostas a situações de risco e vulnerabilidade. A incapacidade do Estado em lidar de maneira eficaz com a violência de gênero contribui para a perpetuação desse problema social grave, evidenciando a urgência de medidas mais eficazes e engajamento contínuo para proteger e apoiar as mulheres em situações de violência.

Portanto, tendo em vista toda a análise feita, revela-se não apenas a extensão do problema da violência contra a mulher no Brasil, mas também a necessidade premente de uma abordagem integrada que envolva políticas públicas mais eficazes, educação continuada, sensibilização da sociedade e fortalecimento dos mecanismos de proteção e justiça. O engajamento coletivo é essencial para transformar essa realidade e garantir um ambiente seguro e igualitário para todas as mulheres, destacando uma questão crucial: a falta de informação e suporte adequado para mulheres em situação de violência doméstica, especialmente aquelas em condições financeiras desfavoráveis.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO (org.). *DataSenado aponta que 3 a cada 10 brasileiras já sofreram violência doméstica*. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/21/datasenado-aponta-que-3-a-cada-1 0-brasileiras-ja-sofreram-violencia-domestica. Acesso em: 29 abr.

2024.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 14. ed. São Paulo: *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, 2020. 332 p.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 16. ed. São Paulo: *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, 2022. 516 p.

ASSIS, Dayane Conceição de. *Gênero, Sexualidade e Educação*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2019. 32 p. (Interseccionalidades).

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.. Brasília, 7 ago. 2006. p. 1–7.

CAVALCANTI, Eliane Cristina Tenório; OLIVEIRA, Rosane Cristina de. Políticas públicas de combate à violência de gênero: a rede de enfrentamento à violência contra as mulheres. *Revista de Pesquisa Interdisciplinar*, Cajazeiras, v. 2, n. 2, p. 192–206, dez. 2017.

Semestral.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (org.). *Visível e invisível*: a vitimização de mulheres no Brasil. 4. ed. [S.l[: Oficina22, 2023. 52 p.

GAMBA, Karla. CNJ: ano de 2024 já tem mais denúncias de violência contra mulheres no judiciário que 2023. 2024. Disponível em: https://apublica.org/nota/cnj-ano-de-2024-ja-tem-mais-denuncias-de-violencia-contra-mulheres-no-judiciario-que-2023. Acesso em: 15 maio 2024.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. 192 p.

GOHN, Maria da Glória. 500 anos de lutas sociais no Brasil: movimentos sociais, ONGs e terceiro setor. *Mediações: Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 5, n. 1, p. 11–40, 2000.

INSTITUTO DE PESQUISA DATASENADO. Secretaria da Transparência. Pesquisa Nacional de Violência contra a Mulher. 10. ed. Brasília: Senado, 2023. 791 p.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Tipos de Violência*. [20–a]. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html. Acesso em: 29 abr. 2024.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Quem somos*. [20–b]. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-somos.html. Acesso em: 4 jun. 2024.

INSTITUTO PATRÍCIA FALCÃO (org.). *A cada hora, 26 mulheres sofrem agressão física no país*. 2022. Disponível em:

https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/a-cada-hora-26-mulheres-sofr em-agressao-fisica-no-pais. Acesso em: 29 abr. 2024.

MATANA, Amanda Pavão (org.). *Mulher, não se cale!*. Palotina: Uaps Palotina, [20–]. 26 p. Disponível em: https://palotina.ufpr.br/wp-content/uploads/2022/06/ebook-versao-final-1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2024.

PARÁ. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. *Convenção de Belém do Pará*. Belém, 9 jun. 1994. p. 1–8.

SILVA, Sergio Gomes Da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 30, n. 3, p. 556–571, set. 2010.

TAMO JUNTAS. Disponível em: https://tamojuntas.org.br. Acesso em: 4 jun. 2024.

VIOLÊNCIA PATRIMONIAL: por que é tão importante falarmos sobre isso. *Exame*. [S.l], 10 mar. 2020. Meu Acerto, p. 1-6.

A PESSOA IDOSA ENQUANTO HIPERVULNERÁVEL NO CONTEXTO DAS FRAUDES BANCÁRIAS E DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

THE ELDERLY PERSON AS HYPERVULNERABLE IN THE CONTEXT OF BANK FRAUD AND PERSONAL DATA PROTECTION

*Bruna Martins Costa**

Resumo: O presente artigo, inicialmente, trata da noção de pessoa vulnerável, fundamentada na Constituição Federal, demonstrando que, na relação consumerista, o consumidor é considerado o polo mais vulnerável. Ademais, alguns sujeitos possuem condições que agravam essa vulnerabilidade inerente ao consumidor, atingindo a denominada hipervulnerabilidade. Para viabilizar a pesquisa, considerando os grupos de pessoas hipervulneráveis, optou-se por tratar da pessoa idosa, já que esse público tem sido alvo de fraudes bancárias, perpetradas mediante a utilização de dados pessoais. Assim, passamos à compreensão acerca da dinâmica das fraudes bancárias no meio virtual e quais as medidas de segurança devem ser adotadas para prevenir e mitigar essas ocorrências. Nesse contexto, o problema proposto indaga se é exigível que as instituições financeiras adotem medidas de segurança diferenciadas para proteger dados pessoais de pessoas idosas. Para tanto, este trabalho se vale da pesquisa documental, através de um mapeamento normativo do ordenamento jurídico brasileiro, e da revisão bibliográfica amparada na doutrina civilista, especialmente em autores referência na seara do direito do consumidor e da proteção de dados pessoais. Isto posto, há uma expectativa de resposta positiva ao problema. Conclui-se que a postura proativa que se espera das instituições financeiras é legítima, sendo razoável que adotem medidas de segurança diferenciadas para proteger dados pessoais de pessoas idosas, como forma de prevenir e mitigar fraudes. Pelo descumprimento, ficam sujeitas às sanções administrativas e/ou à responsabilização civil objetiva, sendo certo que o foco deve ser a proteção e a busca pela reparação da vítima, sobretudo da pessoa idosa hipervulnerável.

Palavras-chave: Hipervulnerável. Pessoa idosa. Dados Pessoais. Fraudes bancárias.

Abstract: This article initially deals with the concept of a vulnerable person, based on the Federal Constitution, demonstrating that, in consumer relations, the consumer is considered to be the most vulnerable party. In addition, some individuals have conditions that aggravate this inherent vulnerability of the consumer, reaching what is known as hypervulnerability. In order to make the research feasible, considering the groups of hypervulnerable people, we chose to deal with the elderly, since this public has been the target of bank fraud, perpetrated through the use of personal data. Thus, we move on to understand the dynamics of bank fraud in the virtual environment and what security measures should be adopted to prevent and mitigate these occurrences. In this context, the proposed problem asks whether financial institutions are required to adopt differentiated security measures to protect the personal data of elderly people. To this end, this work uses documentary research, through a mapping of the Brazilian legal system, and a bibliographical review based on civil doctrine, especially authors who are references in the field of consumer law and the protection of personal data. That said, there is an expectation of a positive response to the problem. The conclusion is that the proactive stance expected of financial institutions is legitimate, and that it is reasonable for them to adopt differentiated security measures to protect the personal data of elderly people, as a way of preventing and mitigating fraud. In the event of non-compliance, they are subject to administrative sanctions and/or strict civil liability, and the focus must be on protecting and seeking redress for the victim, especially the hypervulnerable elderly person.

Keywords: Hypervulnerable. Elderly person. Personal data. Bank fraud.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, que sustenta a busca por uma igualdade substancial entre as pessoas. Nessa perspectiva, a noção de pessoa vulnerável considera a diminuição da capacidade de exercer seus direitos e a maior probabilidade de se tornar vítima, segundo Barboza (2009) e, assim, a condição de desigual-

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Ex-estagiária no Tribunal do Júri de Juiz de Fora-MG, na Defensoria Pública da União (Juiz de Fora-MG) e na Defensoria Pública de Minas Gerais (6ª Defensoria Cível de Juiz de Fora-MG). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8705840163133399. E-mail: bruna.martins.costa.bmc@gmail.com.

dade é um fundamento para uma proteção especial.

No contexto das relações de consumo, o consumidor é considerado presumidamente o polo mais vulnerável, em razão da dependência dos produtos e serviços, além de ocupar uma posição de inferioridade frente ao fornecedor, que detém os conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço prestado. Para Marques e Mucelin (2022), essa vulnerabilidade informacional é o maior fator de desequilíbrio nas relações de consumo.

Nesse viés, a doutrina vem adotando o conceito de hipervulnerabilidade, que é reconhecida quando o sujeito possui características que agravam a vulnerabilidade presumida de um consumidor médio, as quais podem estar associadas aos fatores de idade, psicofísico, socioeconômico, entre outros. Nessa linha, o presente trabalho possui enfoque na condição da pessoa idosa, que somada à vulnerabilidade inerente ao consumidor, sobretudo no meio digital, atinge a chamada hipervulnerabilidade.

No cenário de avanços tecnológicos, cada vez mais as relações, inclusive consumeristas, foram transferidas para o meio virtual. Ao mesmo tempo em que esse avanço contribui para o desenvolvimento humano e econômico, também são acentuadas as vulnerabilidades técnica e informacional nesse meio, na medida em que muitos idosos não possuem familiaridade com a tecnologia.

Essa realidade contribui para que os idosos se tornem alvo de fraudes bancárias, comumente realizadas por meio virtual, com a utilização indevida de dados pessoais. Assim, dada a necessidade de proteção dos dados pessoais e da pessoa idosa, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) prevê em seu artigo 55-J, inciso XIX, a garantia de que o tratamento de dados pessoais de pessoas idosas seja feito de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento.

O crescente número de fraudes bancárias contra a pessoa idosa pode ser explicado pelo fato de que os fraudadores se valem dessa condição de hipervulnerabilidade das vítimas, além de aprimorarem a dinâmica dos golpes, a fim de conferir-lhes uma aparência de regularidade.

Nesse contexto, traçou-se a seguinte questão-problema: diante das fraudes bancárias no ambiente virtual, é exigível que as instituições financeiras adotem medidas de segurança diferenciadas para proteger dados pessoais de pessoas idosas?

Baseado em uma perspectiva constitucional de dignidade da pessoa humana e da promoção da igualdade substancial, bem como nos deveres jurídicos impostos pela LGPD, Lei nº 13.709/2018, e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, em uma postura proativa, a hipótese é de uma resposta positiva ao problema.

O objetivo geral deste estudo é analisar a (in)exigibilidade da adoção de medidas de segurança diferenciadas para a proteção de dados pessoais da pessoa idosa, como forma de mitigar fraudes bancárias, em um caráter preventivo. A fim de cumprir o proposto, o presente trabalho se valerá de pesquisa documental, ao mapear diretrizes normativas do ordenamento jurídico brasileiro que fundamentam e conferem especial tutela à pessoa idosa, especialmente quanto à proteção de dados pessoais. Ademais, no intuito de construir uma base conceitual apta a instruir a discussão e demonstrar o posicionamento doutrinário, a presente pesquisa se valerá de revisão bibliográfica.

Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos específicos: (i) delinear a noção geral de "hipervulnerabilidade", para tratar do subgrupo pessoa idosa; (ii) compreender a dinâmica das fraudes bancárias, que se valem da condição da pessoa idosa e da utilização indevida de dados pessoais; (iii) mapear o tratamento jurídico que vem sendo dado a esses casos; (iv) verificar as possíveis implicações administrativas e cíveis pela não adoção de medidas preventivas. Ao final, é feito um panorama geral deste trabalho, apresentando-se as conclusões.

2. HIPERVULNERABILIDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS

Partindo da perspectiva constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento da República, assim como norteia as relações privadas. Nesse sentido, como forma de efetivar a cláusula geral de tutela da pessoa humana, faz-se necessária a distinção dos sujeitos, a fim de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Assim, é preciso garantir a igualdade material, de modo a equalizar as desigualdades, oferecendo especial tratamento àqueles que se encontram em posição de desvantagem. Para tanto, faz-se necessária a aplicação do direito civil constitucionalizado.

Nesse contexto, a noção de pessoa vulnerável, segundo Barboza (2009), diz respeito ao sujeito que, em razão de condições pessoais, tem impedida ou diminuída a capacidade de exercer seus direitos ou possui maior probabilidade de se tornar vítima, estando em situação de desigualdade, e necessita de proteção especial. Ainda, para a autora, não basta afirmar a vulnerabilidade de todas as pessoas humanas amparadas pela cláusula geral de tutela implícita na Constituição Federal, sendo necessário reconhecer as condições especiais de cada grupo, analisando as circunstâncias para caracterizar sua vulnerabilidade, tal como ocorre com consumidores e idosos.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 4°, inciso I, estabelece que todo consumidor é presumidamente vulnerável, haja vista o desequilíbrio inerente às relações de consumo, o que será adiante explorado. Nessa linha, o conceito de hipervulnerável vem sendo adotado para abranger as situações nas quais a vulnerabilidade inerente ao consumidor é somada a alguma condição especial do indivíduo que agrava essa situação, tais como o fator idade, condições socioeconômica e psicofísica, entre outros.

Konder (2023) estabelece uma crítica ao termo hipervulnerabilidade, sustentando que não se trata de uma mudança quantitativa, de maior vulnerabilidade, mas defende uma alteração qualitativa da tutela jurídica para oferecer instrumentos distintos daqueles utilizados em situações patrimoniais. No presente trabalho, compreende-se que o caráter quantitativo é também uma razão para a alteração qualitativa da tutela, de modo que ambos os aspectos devem ser considerados. Não se quer dizer que haja uma régua numérica para classificar maior ou menor vulnerabilidade, mas trata-se de reconhecer que a junção de fatores individuais potencializa um estado de vulnerabilidade pré-existente, o que justifica uma tutela diferenciada.

A fim de viabilizar a pesquisa, o presente trabalho não possui como escopo adentrar ao estudo de todos os subgrupos de pessoas que assim possam ser caracterizadas como hipervulneráveis, dada a abrangência e a relevância do tema, que merece ser tratado em apartado. Em vista disso, após compreender a noção geral de hipervulnerabilidade, o presente capítulo partirá para a análise da condição da pessoa idosa como hipervulnerável, no âmbito das relações consumeristas virtuais.

2.1 A HIPERVULNERABILIDADE DA PESSOA IDOSA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS VIRTUAIS

Há uma presunção de vulnerabilidade do consumidor decorrente do desequilíbrio nas relações de consumo, já que o fornecedor detém o controle sobre produtos e serviços, colocando o consumidor numa posição de dependência. Segundo Marques e Mucelin (2022), a vulnerabilidade fática é considerada socioeconômica, tendo em vista a posição de superioridade econômica do parceiro contratual, bem como da essencialidade do seu serviço/produto ou de seu monopólio, que leva à imposição de sua superioridade frente àqueles que com ele estabelecem contratos de consumo. Ainda para os autores, a informação representa o maior fator de desequilíbrio das relações de consumo, já que os fornecedores são profissionalizados e detêm conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço, decidindo quais informações serão repassadas ao consumidor (vulnerabilidade informacional).

Diante do cenário de avanço tecnológico, cada vez mais as relações humanas migraram

para o ambiente virtual. Assim, a praticidade trazida pela internet e pelas ferramentas tecnológicas possibilitaram o desenvolvimento do comércio no ambiente digital, revelando também desafios para o Direito do Consumidor. Embora o Código de Defesa do Consumidor possa ser aplicado nas contratações eletrônicas, estas merecem especial atenção, na medida em que a vulnerabilidade do consumidor se agrava nesse contexto.

O déficit informacional quanto ao produto adquirido ou ao serviço contratado se aprofunda no meio digital, onde o consumidor não exerce o domínio e se distancia do fornecedor. Nas palavras de Aquino Júnior (2021, p. 54), "essa nova realidade apresenta particularidades com as quais não está afeito e a complexidade da tecnologia o envolve como numa teia, ocultando-lhe aspectos que só permanecem visíveis na esfera de controle do fornecedor".

Nessa perspectiva, a vulnerabilidade digital é compreendida por Marques e Mucelin (2022) como sendo uma especificação dos tipos genéricos de vulnerabilidade (fática e informacional), ou a transferência para o ambiente virtual de vulnerabilidades pré-existentes, especialmente quanto aos aspectos personalíssimos e sensíveis dos consumidores, utilizados de maneira arbitrária, incorreta ou discriminatória.

Seguindo essa linha, o presente trabalho centralizar-se-á na condição da pessoa idosa, que somada à vulnerabilidade inerente ao consumidor, sobretudo no meio virtual, atinge a denominada hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada. Desse modo, a proteção que deve ser dispensada ao consumidor possui fundamento constitucional no inciso XXXII do artigo 5°, da Constituição Federal. Do mesmo modo, quanto à pessoa idosa, o artigo 230 da Constituição Federal estabelece como dever da família, do Estado e da sociedade ampará-la, a fim de assegurar a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhe o direito à vida.

Quando se fala em vulnerabilidade da pessoa idosa, por si só, podemos pensar nas suas características personalíssimas, haja vista que a idade avançada comumente traz consigo problemas de saúde, resultando em debilidades físicas, cognitivas ou psíquicas, que muitas vezes comprometem determinadas atividades cotidianas, fazendo com que necessitem de amparo. Todavia, muitos idosos vivem sozinhos, na medida em que os filhos crescem e deixam o lar para construírem a própria vida, distanciando-se do convívio. Tal cenário contribui para que os idosos se tornem mais suscetíveis a situações de risco, nas quais não haja alguém que possa auxiliá-los.

Outro fator que corrobora para a vulnerabilidade dos idosos, associado às debilidades cognitivas, diz respeito ao baixo grau de instrução, geralmente relacionados às condições socioeconômicas. Nesse sentido, a pesquisa "Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade" (SESC São Paulo e Fundação Perseu Abramo, 2020) revela que 41% dos idosos relataram ter algum tipo de dificuldade para ler e escrever, sendo que 20% são analfabetos, 3% sabem ler e escrever apenas o próprio nome e 18% consideram difícil essa atividade.

Ainda, os idosos não foram devidamente inseridos no meio digital e quando o são, ficam suscetíveis aos riscos da rede, o que será objeto de estudo do próximo capítulo. Nesse aspecto, o elevado fluxo de informações e as diferentes funcionalidades oferecidas pelos recursos tecnológicos cada vez mais avançados, representam verdadeiros desafios para aqueles que não estão familiarizados com seu uso. Ainda segundo a pesquisa retromencionada, apenas 19% dos idosos disseram que sempre usam a internet, ao passo que 62% nunca utilizaram redes sociais e 72% nunca utilizaram aplicativos (SESC São Paulo e Fundação Perseu Abramo, 2020).

Nesse sentido, considerando a internet e os aplicativos como novos meios de comunicação e interação social, aqueles que não têm acesso aos variados recursos oferecidos pela tecnologia configuram-se excluídos digitais. Por conta disso, também encontram dificuldades para exercer atividades do cotidiano, que poderiam ser facilitadas com o uso saudável dos recursos tecnológicos, haja vista a digitalização dessas atividades. Assim, o analfabetismo digital consiste na incapacidade

de lidar com o meio virtual e de exercer operações relacionadas ao uso dessas ferramentas.

Doll e Cavallazzi (2016), ao discorrerem sobre dados de pesquisa realizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pelo PROCON-SP, concluíram que os principais fatores de risco para a vulnerabilidade da maioria de pessoas idosas brasileiras são: (i) o analfabetismo e a escolaridade baixa; (ii) a situação financeira, decorrente de uma renda relativamente baixa e o aumento de certos gastos, principalmente com remédios; (ii) questões de saúde, como o maior risco de contrair doenças; (iv) a desvalorização de competências e habilidades da pessoa idosa no mundo contemporâneo, tornando-a vítima fácil para práticas abusivas, marketing agressivo e crimes.

Os referidos dados possuem caráter meramente ilustrativo acerca de alguns dos aspectos que podemos relacionar ao estado de vulnerabilidade da pessoa idosa. Todavia, não se pretende induzir o leitor a uma perspectiva etarista, que consiste na construção de estereótipos e preconceitos à pessoa, em razão da idade. Até porque não se pode afirmar que todas as pessoas acima de 60 anos enfrentam as mesmas dificuldades, que as coloquem em condição de fragilidade. Trata-se, na verdade, de conhecer as razões das problemáticas relacionadas à realidade da maioria das pessoas idosas, que quando ocupam posição de desvantagem, merecem especial tratamento. Por tal razão, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei n º 10.741/2003, alterada pela Lei nº 14.423/2022) foi instituído para regular os direitos associados às pessoas com 60 anos ou mais, atendendo às suas necessidades.

Nessa perspectiva, quando o idoso é parte na relação de consumo, tais condições potencializam a vulnerabilidade inerente a qualquer consumidor. Na concepção de Miragem (2024, p. 103):

> A vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: (a) diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o tornam mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo que o colocam numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.

Nesse aspecto, um dos principais exemplos desse desequilíbrio pode ser percebido nas relações havidas entre idosos e instituições financeiras. Devido à baixa renda proveniente da previdência social, e o aumento de gastos com saúde e despesas básicas, é comum que o consumidor idoso se torne um grande refém de contratações de crédito. Então, visando uma melhoria das suas condições ou tomadas pela preocupação com as dívidas, as pessoas idosas ficam mais suscetíveis a se tornarem vítimas de práticas abusivas ou fraudulentas.

Portanto, a virtualização das relações consumeristas mostra-se como fator de agravamento da circunstância de vulnerabilidade, sobretudo para os idosos que são excluídos digitais. Assim, com fundamento na igualdade substancial, é necessário promover um especial tratamento à pessoa idosa, enquanto hipervulnerável, a fim de mitigar riscos e possíveis danos provenientes dessas relações, no meio digital.

3. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA PESSOA IDOSA

Diante dos avanços tecnológicos, vivemos em uma era na qual o processamento de dados pessoais ocorre em elevado fluxo, ameaçando a personalidade, a privacidade e a segurança. Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 5°, inciso LXXIX (incluído pela EC n° 115/2022), assegura o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Adiante, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) estabelece princípios, direitos e garantias para o uso da internet e, embora tenha como um de seus princípios a proteção dos dados pessoais (artigo 3°, inciso III, Lei nº 12.965/2014), esta ainda não havia sido disciplinada de maneira suficiente. Além disso, outras normas infraconstitucionais delinearam o tema, assim como o Código de Defesa do

Consumidor dispôs sobre a proteção de dados pessoais do consumidor no âmbito dessas relações.

Em vista disso, fez-se necessária a criação de uma normativa geral de proteção de dados pessoais, resultando na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, que serviu de base para a disciplina. Assim, conforme Doneda (2021, p. 56):

> [...] com a LGPD, passam a integrar o ordenamento toda uma nova série de institutos próprios da disciplina da proteção de dados, como conceitos e institutos próprios; uma série de princípios de proteção de dados; de direitos do titular; um enfoque novo de tutela dos titulares é proporcionado pelas regras de demonstração e prestação de contas (*accountability*); são considerados elementos que levam em conta o risco em atividades de tratamento de dados pessoais e muitas outras.

Desse modo, o tratamento de dados pessoais deve se dar em observância à boa-fé objetiva e aos demais princípios estabelecidos na LGPD, em seu artigo 6°, dentre os quais destacamos: inciso I - finalidade (tratamento com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular); inciso II - adequação (compatibilidade entre o tratamento e as finalidades informadas ao titular); inciso VI - transparência (informações claras, precisas e de fácil acesso sobre o tratamento); inciso VII - segurança (adoção de medidas técnicas e administrativas para proteger dados pessoais de acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas); inciso VIII - prevenção (medidas para prevenir danos decorrentes do tratamento de dados pessoais); inciso X - responsabilização e prestação de contas (o agente deve demonstrar a adoção de medidas eficazes para o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais).

Nessa perspectiva, a proteção de dados pessoais foi reconhecida como direito fundamental autônomo pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (entre elas: 6388, 6389, 6390, 6393) em face da MP 954/2020, que obrigava empresas de telefonia a fornecer dados pessoais de seus clientes ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a fim de realizar entrevistas à distância, no âmbito da pandemia de COVID-19 (Krieger, 2021). Assim, enquanto meio de tutela da própria personalidade, com ainda mais razão deve-se buscar proteger os dados pessoais de pessoas hipervulneráveis, especialmente quanto à pessoa idosa.

Desse modo, considerando as razões expostas no capítulo pretérito, as pessoas hipervulneráveis merecem especial tratamento, o que também se aplica para a proteção de dados pessoais. Isso porque os dados pessoais podem envolver informações delicadas que possuem aptidão para ocasionar riscos e danos aos quais ficam ainda mais suscetíveis aqueles que se encontram em estado de vulnerabilidade agravada.

Quanto à pessoa idosa, a LGPD dispôs de maneira especial em seu artigo 55-J, inciso XIX, que compete à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) garantir que o tratamento de dados pessoais de pessoas idosas seja feito de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento. Nessa perspectiva, a simplificação dos atos e a adoção de uma postura de acordo com o princípio da transparência são fundamentais para que o idoso seja mais integrado nesse processo, evitando-se o tratamento indevido de dados pessoais.

Ademais, a LGPD também estabelece acerca do consentimento[1] para o tratamento de dados pessoais, em seu artigo 5°, inciso XII, o qual deve se dar mediante "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada" (Brasil, 2018).

Nesse sentido, a manifestação livre significa que o titular tem o direito de fornecer ou não o consentimento, todavia "está em debate quais são os contornos de um consentimento livre,

1 Em que pese a relevância do debate sobre o consentimento, este foge ao escopo do presente trabalho, na medida em que se optou pelo recorte das fraudes bancárias. Nesses casos, por se tratarem de ilícitos, a questão do consentimento é prescindível para a constatação dos golpes. Por outro lado, a discussão sobre o consentimento para o tratamento de dados pessoais possui maior relevância no âmbito das relações contratuais, nas quais podem haver condutas abusivas em face de pessoais hipervulneráveis.

quando não raro a pessoa não tem consciência da potencialidade lesiva do uso daquele dado, sobretudo diante dos exponenciais avanços tecnológicos" (Korkmaz, 2023, p. 7). É justamente por esse motivo a relevância do dever de informação, haja vista a necessidade de que o titular tenha ciência acerca de como são tratados seus dados pessoais.

Nesse sentido, cabe um cuidado especial ao prestar esclarecimentos para as pessoas idosas, a fim de garantir que o consentimento dado por elas seja livre de vícios, o que é vedado pelo artigo 8°, §3° da LGPD. Ademais, considerando que as pessoas idosas, muitas vezes, são acometidas por debilidades físicas e cognitivas, caso não lhes seja conferida adequada proteção, sobretudo quanto aos seus dados pessoais, ficam mais suscetíveis a se tornarem vítimas de práticas abusivas ou fraudulentas.

3.1 FRAUDES BANCÁRIAS CONTRA A PESSOA

Ao mesmo tempo em que os recursos tecnológicos trouxeram inúmeros benefícios para a sociedade, estes também têm sido utilizados para a facilitação de práticas ilícitas, de diversas maneiras possíveis. No contexto das relações de consumo, a coleta de dados pessoais se tornou uma prática comum para atender às finalidades da atividade comercial, tais como para traçar perfis de consumo e entregar propagandas personalizadas. Todavia, não raro, ocorre um desvio de tal finalidade inicialmente legítima, uma vez que esses dados pessoais são tratados indevidamente e resultam em potenciais lesões ao titular. Por outro lado, também é possível que, desde o início, os dados sejam coletados com finalidades ilícitas.

Segundo Mendes (2015, p. 1), "[...] o consumidor, por ser o polo vulnerável da relação, possui grande dificuldade de controlar o fluxo de dados e de informações pessoais no mercado, bem como de adotar medidas de autoproteção contra os riscos desse processamento". Nesse cenário, ganham destaque os crescentes casos de fraudes no âmbito das instituições financeiras, tendo em vista o interesse pela obtenção de valores por parte destes agentes. Para tanto, os dados pessoais são usados de maneira indevida para realizar transações bancárias e contratações de serviços não solicitados ou incompreendidos pelas vítimas.

Após o início da pandemia de COVID-19 e a necessidade de virtualização das atividades cotidianas, houve um aumento de 60% das tentativas de golpes financeiros contra idosos, segundo levantamento da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN, 2020). Ainda,

> De acordo com o diretor da Comissão Executiva de Prevenção a Fraudes da FEBRABAN, Adriano Volpini, atualmente, 70% das fraudes estão vinculadas à engenharia social, quando o cliente é induzido a informar os seus códigos e senhas para os estelionatários. Segundo ele, os criminosos abusam da ingenuidade ou confiança do usuário para obter informações que podem ser usadas para que tenham acesso não autorizado a computadores ou informações bancárias (FEBRABAN, 2020).

Ademais, segundo nova pesquisa realizada pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) em 2022, "parcela expressiva de 40% consideram que são os idosos os mais vulneráveis a golpes e fraudes no ambiente online. Entre os idosos e os que moram com pessoas idosas, os percentuais são 45% e 41%, respectivamente" (FEBRABAN, 2022).

Assim, uma das dinâmicas frequentes ocorre quando um indivíduo de identidade desconhecida entra em contato com a vítima, apresenta-se como funcionário do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) ou de instituição financeira, oferecendo algum tipo de serviço vantajoso ou mesmo alegando, por exemplo, que o 13° salário encontra-se disponível para saque. Em contrapartida, e explicando de modo convincente um suposto procedimento necessário para realizar a operação, exige uma transferência de valor a título de garantia ou taxa, que, por sua vez, é direcionado para outra conta bancária, a qual os fraudadores têm acesso.

Cabe destacar que o fator mais preocupante consiste no fato de que tais fraudadores, ao entrarem em contato com as pretendidas vítimas, já estão munidos dos seus dados pessoais e informações específicas, tais como o nome, a instituição financeira com a qual possui vínculo, os contratos ativos e o perfil do consumidor. Tal dinâmica confere credibilidade ao golpe, fazendo com que o consumidor se sinta seguro em realizar operações, uma vez que os dados informados pelo agente correspondem à realidade. Por outro lado, mesmo quando não possuem certas informações, utilizam a supracitada técnica da engenharia social para obtê-las e pedir que a vítima confirme alguns dados.

Nesse sentido, a posse dos dados pessoais representa uma facilitação para a aplicação de golpes, que podem ser executados de diversas maneiras diferentes. Uma das formas comuns de obtenção de dados por terceiros é o chamado *phishing*, que consiste em atrair a vítima por meio de páginas falsas ou mensagens, e-mails, contendo links que coletam informações do usuário, tais como CPF, telefone, senhas de cartão etc.

Em se tratando de pessoas idosas, é comum que não estejam familiarizadas com a tecnologia, o que as torna alvo fácil para fraudes. Dessa maneira, a vítima segue o passo a passo recebido pelo falsário, que orienta a abrir um link onde será realizada a contratação, tirar fotos do próprio rosto efetuando o reconhecimento facial a fim de validar o contrato e, por fim, realizar a transferência de valores. A vítima, no entanto, sem a consciência de que está contratando um empréstimo consignado, por exemplo, uma vez convencida pela narrativa do agente, e ao mesmo tempo que recebe as orientações, realiza operações que sozinha não o faria.

Destaca-se que em questão de minutos essas contratações são efetuadas, o que se deve ao uso de recursos tecnológicos e a reduzida burocracia, ameaçando a segurança do usuário. Nesses casos, o consumidor idoso só percebe que há algo de errado quando verifica os descontos em seu benefício previdenciário, que podem comprometer a sua renda de maneira significativa e, muitas vezes, a própria subsistência.

Ademais, há uma violação da confiança depositada pelo consumidor na instituição financeira, quando esta não oferece a segurança esperada. Do mesmo modo, Nerilo (2017) defende a ideia de que também há uma confiança do idoso em relação ao INSS, que confere uma aparência de segurança à operação. Todavia, não compete ao INSS verificar a regularidade desses procedimentos, de modo que "esta facilidade se dá em razão da inexistência de qualquer ingerência do INSS, combinada com a natural hipervulnerabilidade do consumidor idoso, por vezes alheio ao que se passa em sua aposentadoria" (Nerilo, 2017, p. 6).

Diante desse cenário, observa-se que a dinâmica dos golpes vem se modernizando a fim de conferir-lhes uma aparência de regularidade e de profissionalismo, de modo que se torna difícil a sua percepção, sobretudo quando utilizam dados pessoais precisos. Ainda, os falsários se valem da hipervulnerabilidade das vítimas que carecem de orientação nesse sentido, principalmente de idosos que comumente possuem menor familiaridade com a tecnologia.

3.2 (IN)EXIGIBILIDADE DE MEDIDAS DE SEGURANÇA DIFERENCIADAS

Dada a frequência dessas ocorrências e considerando o problema proposto, pretende-se investigar se é exigível que as instituições financeiras adotem medidas de segurança diferenciadas para proteger dados pessoais de pessoas idosas, como forma de prevenir e de mitigar fraudes.

Acerca da segurança e do sigilo dos dados pessoais, a LGPD dispõe em seu artigo 46:

> Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Nesse sentido, os sistemas que armazenam dados pessoais são suscetíveis a vazamentos e à destruição de dados, por exemplo. Para evitar que essas falhas técnicas sejam exploradas por algum agente malicioso, deve-se adotar medidas técnicas e administrativas de segurança, conforme previsto no artigo 46 da LGPD. Assim, as medidas técnicas consistem em aplicar a segurança esperada aos sistemas que mantém os dados, enquanto as medidas administrativas ou organizativas são aplicadas ao ambiente geral da instituição.

É indispensável, portanto, que ambas as medidas sejam aplicadas em conjunto, de modo que as técnicas, como o uso de *firewalls*[2], de métodos criptográficos e de controles de conteúdo devem ser acompanhadas de medidas organizativas, como treinamentos de segurança, criação de políticas de segurança da informação etc (Menke e Goulart, 2021). A criptografia, por sua vez, consiste em uma cifragem de informações, fazendo com que apenas o destinatário ou possuidor da chave criptográfica possam acessar e compreender seu conteúdo.

Nesse âmbito, a noção de *Privacy by Design*, conforme Cavoukian (2018), foi construída como uma metodologia para incorporar privacidade em tecnologia da informação, práticas de negócios e infraestruturas em rede. A pesquisadora ainda elenca sete princípios fundamentais da *Privacy by Design*, cabendo destaque ao primeiro, que consiste em antecipar, identificar e prevenir eventos invasivos de privacidade, antes que eles ocorram. Tal perspectiva está de acordo com o previsto na LGPD, especialmente em seu artigo 46.

No caso das instituições financeiras, é possível que realizem treinamentos internos, incorporando em suas práticas medidas voltadas à prevenção de fraudes e à orientação do cliente, através de avisos de segurança, instruções claras e acessíveis, entre outros. Além dessas iniciativas, também podem adotar medidas técnicas, conforme supracitado, visando inibir situações de risco em face do público idoso.

Outrossim, embora não seja o foco do presente trabalho, não se pode olvidar a necessidade de promoção de políticas públicas voltadas à conscientização digital, especialmente para aqueles que não possuem familiaridade com a tecnologia, tais como os idosos hipervulneráveis. É necessário que essas políticas englobem projetos capazes de instruir sobre o modo de utilização das plataformas digitais, além de promover uma conscientização para o uso saudável e cauteloso, visando prevenir fraudes nesse ambiente.

Nesse sentido, o Projeto de Lei Complementar PL nº 77/2023 "institui o Cadastro Digital Certificado e estabelece normas para identificação de correntistas ativos e passivos de contas de depósitos abertas por meio eletrônico", com o objetivo de coibir fraudes bancárias em contas digitais. O projeto prevê medidas como a coleta de fotos, impressões digitais, até mesmo fotos de tatuagens ou sinais característicos, além de outros dados cadastrais e de identificação. Em audiência pública sobre o tema, convidados da Comissão de Comunicação e Direito Digital mencionaram pontos a serem modificados na proposta, tal como a coleta de dados excessiva que viola a LGPD. E ainda, alertam para a necessidade de adoção de outros mecanismos para prevenção de fraudes, e não apenas o cadastro digital (Araújo, 2024).

A fim de mapear o tratamento jurídico que vem sendo dado a esses casos, no dia 2 de novembro de 2024, foi realizada pesquisa por jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, utilizando-se como critério as seguintes palavras-chave: "fraude E bancária E dados E idoso", na qual foram encontrados 4 acórdãos. Os referidos julgados tratam de casos de fraudes bancárias em face de consumidor idoso.

Para tanto, passaremos à identificação dos principais argumentos contrapostos pelos desembargadores, que podem contribuir para responder positivamente ou não ao problema proposto, sem

2 "Um firewall é um dispositivo de segurança da rede que monitora o tráfego de rede de entrada e saída e decide permitir ou bloquear tráfegos específicos de acordo com um conjunto definido de regras de segurança" (CISCO, s.D.).

a pretensão de esgotamento do tema. Dentre os 4 julgados analisados, 2 deram provimento ao recurso interposto pelo consumidor idoso, vítima de golpe, e os outros 2 foram em sentido contrário.

Inicialmente, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.23.125774-2/001, a relatora, desembargadora Jaqueline Albuquerque, identifica que o vazamento das informações do correntista, causado pela falha no dever de manutenção de dados do consumidor, foi condição essencial para a realização do golpe. Ademais, sustenta que, embora seja dever do consumidor guardar o cartão e a senha pessoal, também é dever da instituição financeira zelar pelas informações cadastrais e bancárias de seus clientes, para impossibilitar situações como essa (golpe do falso motoboy, que exige conhecimento prévio dos dados bancários do correntista). Ainda, a quantidade de transações realizadas diverge significativamente do padrão de consumo do cliente, e a instituição financeira deveria ter atuado positivamente para impedir ou mitigar os prejuízos. Os demais votos dos desembargadores foram de acordo com a relatora.

Já a relatora desembargadora Aparecida Grossi, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.22.217648-9/001, adotou a tese de culpa exclusiva da vítima pela falta do dever de cuidado, o que excluiria a responsabilidade da instituição financeira. Abrindo divergência, o desembargador Roberto Paes sustentou, em síntese, que deve ser considerada a condição de hipervulnerável do consumidor idoso, além da fragilidade na segurança oferecida pelas instituições financeiras, em relação aos mecanismos utilizados pelos estelionatários. Desse modo, considerou que os investimentos devem ser direcionados à implantação de medidas de proteção, sendo que a gestão dos riscos cibernéticos deve ser uma estratégia permanente das prestadoras de serviços. Os demais desembargadores acompanharam a divergência para decidir favoravelmente ao consumidor.

Por outro lado, o relator desembargador Manoel Morais, na Apelação Cível nº 1.0000.21.033829-9/002, considerou que não havia indício de vazamento de informações do correntista pela instituição financeira, mas de fraude que contou com a participação da vítima. Já a desembargadora Lílian Maciel, divergiu aduzindo que foram realizadas transações bancárias que destoavam completamente do perfil do consumidor, enquanto a instituição não demonstrou que teria comunicado ao seu cliente e, ainda, os golpistas tiveram acesso aos dados sigilosos da vítima. Nesse caso, a vítima foi orientada a realizar ligação para o número que se encontrava no verso do cartão (Serviço de Atendimento ao Consumidor do próprio Banco), todavia essa ligação foi interceptada e desviada, o que demonstra a falha de segurança por parte da instituição. A desembargadora defendeu que são os bancos que detém recursos financeiros, tecnológicos e estruturais para impedir tais fraudes, agindo antecipadamente ou após verificar operações que fogem do perfil do cliente. Ainda em seu voto, considerou que a vítima, consumidora de 78 anos de idade, merece especial proteção por ser idosa hipervulnerável, em observância ao disposto no Estatuto do Idoso e no CDC. Os demais desembargadores, no entanto, votaram de acordo com o relator, em decisão desfavorável ao consumidor.

Por último, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.17.083440-2/002, tratou-se de caso em que a consumidora idosa teve seu cartão trocado, sem que percebesse, por suposto funcionário do banco que se apresentou com crachá e, após, foram feitos diversos empréstimos sem a sua anuência. O relator desembargador Domingos Coelho entendeu que houve falha na prestação de serviços da instituição financeira, que deveria adotar meios mais seguros nas contratações. Inaugurando divergência, o desembargador José Flávio de Almeida alegou o dever de guarda por parte do consumidor, que deve se resguardar e evitar conceder informações, além do fato ter ocorrido fora do estabelecimento, sendo dever do Estado a segurança pública. Os demais desembargadores acompanharam a divergência, desfavoravelmente ao consumidor.

Embora vencido, o voto da Desembargadora Lílian Maciel contempla de maneira abrangente a linha apresentada neste trabalho. Este evidencia a questão da hipervulnerabilidade da pessoa idosa, reconhecendo que estas merecem especial tratamento, em consonância com o CDC, que impõe ao fornecedor de produtos e serviços um cuidado maior na contratação com consumidor idoso.

É de se destacar também que os julgadores apontam para a necessidade da adoção de medidas de segurança por parte da instituição financeira, tendo em vista os avançados mecanismos adotados pelos fraudadores, a fim de, preferencialmente, evitar tais ilícitos ou mitigar seus efeitos. Nessa perspectiva, Ávila e Sampaio (2023, p. 302) defendem:

> Assim, é dever exigível dos fornecedores de produtos bancários que ofereçam a segurança que legitimamente se espera, com um dever positivo de atuação, para limitar os riscos ao consumidor àqueles previsíveis e normais, conforme preconiza o art. 8° do CDC. No caso das instituições bancárias, elas têm o dever de garantir a segurança de suas operações e dos dados de seus clientes, visto que a atividade bancária, por estar envolta de disponibilidade e liquidez de recursos financeiros, apresenta um resultado maior de risco, se comparada com outras atividades.

Portanto, considerando o aprimoramento das técnicas implementadas pelos fraudadores, muitas vezes torna-se difícil a identificação do golpe, por qualquer consumidor médio. Tal dificuldade é ainda maior, quando se trata de consumidor dotado de vulnerabilidade técnica e informacional, como é o caso de muitos idosos e, então, os fraudadores se valem dessa condição de hipervulnerabilidade. Logo, é razoável que as medidas de proteção sejam mais rigorosas em atenção a esse público, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso, especialmente em seu artigo 4°, §1°, que impõe a todos o dever de prevenir a ameaça ou a violação de direitos da pessoa idosa.

4. POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PELA NÃO ADOÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS

Conforme visto em seção pretérita, a LGPD impõe aos agentes de tratamento o dever de adotar medidas de segurança para proteger os dados pessoais de tratamentos inadequados ou ilícitos, em um caráter preventivo. Mas ainda quando tenham adotado tais medidas, caso ocorra algum vazamento de dados, por exemplo, os agentes devem estar preparados para reagir a fim de minimizar os possíveis efeitos negativos. Assim, diante da ocorrência de incidente de segurança ou de ilícito, ficam os agentes sujeitos às sanções administrativas e/ou à responsabilização civil, conforme o caso.

Quanto às sanções administrativas aplicáveis aos agentes de tratamento pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), quando violarem normas da LGPD, estas são dispostas no artigo 52 da lei. O referido dispositivo prevê como possíveis sanções: advertência, com prazo para aplicação de medidas corretivas; multa simples de até 2% do faturamento, limitada ao total de cinquenta milhões de reais; multa diária; publicização da infração; bloqueio dos dados pessoais até sua regularização; eliminação dos dados pessoais; suspensão parcial do funcionamento do banco de dados; suspensão do tratamento de dados pessoais; proibição parcial ou total das atividades relacionadas ao tratamento de dados.

Essas infrações são impostas pela ANPD de acordo com a gravidade da infração, embora não haja essa distinção no dispositivo. Segundo Menke e Goulart (2021), a gravidade do incidente tem relação com os efeitos negativos que ele pode gerar para o titular dos dados, e o referido artigo engloba infrações mais leves até as mais graves, como o vazamento de dados pessoais.

Os parâmetros para aplicação das sanções, em um processo administrativo, são determinados pelos incisos do §1° do artigo 52, na LGPD. Dentre eles, destacamos: inciso I - a gravidade e a natureza da infração e dos direitos afetados, conforme explicado acima; inciso III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; inciso IV - a condição econômica do infrator; VI - o grau do dano; VIII - a demonstração da adoção reiterada de medidas voltadas ao tratamento seguro dos dados e à minimização dos danos; inciso IX - adoção de boas práticas e governança; inciso X - a pronta adoção de medidas corretivas.

Os referidos dispositivos são de extrema relevância, e devem ser aplicados aos casos de fraudes em instituições financeiras. Isso porque, quando perpetradas, há uma grave violação da prote-

ção de dados pessoais, podendo gerar significativos danos ao titular, sobretudo na esfera financeira, muitas vezes ameaçando o mínimo existencial. Por outro lado, a instituição financeira é quem aufere as vantagens econômicas pela atividade exercida, além de reunir melhores condições estruturais e econômicas para prevenir e mitigar danos em detrimento do consumidor idoso hipervulnerável. Para tanto, em consonância com os incisos VIII e IX do §1º do artigo 52 da LGPD, retomamos ao que foi sustentado na seção anterior, sobre a relevância da adoção de mecanismos de proteção, através de medidas técnicas e administrativas, quanto às práticas institucionais, a fim de prevenir fraudes.

Ainda quando já tenha ocorrido algum incidente de segurança ou ilícito, as instituições devem agir prontamente para minimizar os danos ao consumidor, conforme o supracitado artigo 52, §1º, X, da LGPD. O primeiro passo consiste em notificar a ANPD e o titular dos dados acerca da ocorrência do incidente que possa gerar risco ou dano ao titular, a teor do dever imposto pelo artigo 48 da LGPD. Após, a ANPD verificará a gravidade do incidente, podendo impor medidas ao controlador.

Quanto à possível responsabilização civil, sabe-se que há uma discussão doutrinária acerca de qual seria o regime adotado pela LGPD, havendo argumentos que sustentam a responsabilidade objetiva, bem como a subjetiva, além de alguns alternativos. Todavia, este debate não cabe ao presente trabalho, uma vez que, em se tratando de relação consumerista, incidem as regras de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor, conforme orienta o artigo 45 da LGPD.

Nesse viés, o CDC adota a responsabilidade civil objetiva para situações objeto do presente trabalho, uma vez que o fornecedor responde, independentemente de culpa, pelo defeito na prestação do serviço, e por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, conforme se extrai do artigo 14 do CDC. Incide, pois, a regra específica da legislação consumerista, já que à luz da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Brasil, 2004).

Tem-se, então, a chamada responsabilidade pelo fato do serviço, que se verifica através da violação do dever de segurança, sendo considerado defeituoso o serviço quando não oferece a segurança que o consumidor pode esperar dele (art. 14, §1°, CDC). Cavalieri Filho (2022, p. 355) sustenta que "a noção de segurança depende do casamento de dois elementos: a desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor e a capacidade de causar acidente de consumo". Salles (2011, p. 124) conclui:

> Sendo assim, tem-se que o fundamento da responsabilidade objetiva pelo fato do serviço no código de defesa do consumidor é, indubitavelmente, o defeito, ressalvando-se que, nesse sistema, não é sempre que um serviço perigoso, tão somente pelo fato de o ser, deva ser considerado defeituoso, já que, como explicitado, a noção de defeito pressupõe a frustração da legítima expectativa do consumidor, de modo que, inexistente esta, tampouco inexiste defeito, não havendo que se falar, por conseguinte, em responsabilidade [...]

Em outra hipótese de responsabilização trazida pelo artigo 14 do CDC, quanto à insuficiência ou à inadequação das informações prestadas sobre a fruição e riscos do serviço, Cavalieri Filho (2022, p. 361) ensina:

> O dever de informar, portanto, também serve de fundamento para a responsabilidade do fornecedor, cuja violação pode levá-lo a ter que responder pelos riscos inerentes, não por defeito de segurança do produto ou do serviço, mas por informações inadequadas ou insuficientes sobre a utilização ou os riscos do produto.

Há, ainda, a discussão acerca do risco do empreendimento, segundo o qual "todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa" (Cavalieri Filho, 2022, p. 350). Nessa seara, Tartuce e Neves (2024) defendem que o CDC adotou expressamente a teoria do risco-proveito, que consiste na responsabilização do fornecedor, independentemente de culpa, em razão dos benefícios, ganhos ou vantagens auferidos.

No caso das fraudes bancárias, em se tratando de fortuito interno, é cediço que a responsa-

bilidade das instituições financeiras é objetiva, consoante a Súmula 479 do STJ: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias" (Brasil, 2012).

As instituições financeiras, por sua vez, costumam alegar o fato exclusivo do consumidor ou de terceiro, que somente excluem a responsabilidade quando provadas (artigo 14, §3°, CDC). Imputam a culpa ao consumidor pela falta do dever de cuidado, alegando que se ele tomasse a devida cautela, poderia notar que se tratava de uma fraude, entretanto, conforme sustentamos, muitas fraudes complexas são difíceis de serem percebidas, especialmente se tratando de consumidor dotado de vulnerabilidade técnica e informacional. Ao contrário, é a própria instituição financeira que, em certas situações, reúne melhores condições de adotar medidas preventivas eficazes.

Todavia, mesmo diante da alegação de fato de terceiro, há de se reconhecer que se houve falha de segurança por parte da instituição financeira, de modo a permitir o êxito dos falsários, trata-se, na verdade, de fortuito interno. Tepedino, Terra e Guedes (2021, p. 181) sustentam:

> Afinal, cuida-se de fatos que, embora fortuitos, se encontram contidos no âmbito da atividade em cujo desenvolvimento deu-se o dano [...]. Nessa direção, considera-se caso fortuito interno, a atrair a responsabilidade do agente, fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias [...].

Assim, o fato exclusivo de terceiros apto a afastar a responsabilidade objetiva é espécie do gênero fortuito externo, que não possui relação de causalidade com a atividade do fornecedor, sendo totalmente estranho ao produto ou serviço (Cavalieri Filho, 2023).

Tratando-se de fraudes perpetradas por meio digital, ganha relevo o dever de segurança quanto à proteção de dados pessoais dos clientes. Imperioso destacar o didático julgamento do Recurso Especial nº 2.077.278-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que buscou verificar o nexo de causalidade entre o vazamento de dados pessoais do correntista e a aplicação do golpe. No caso, constatou-se que os fraudadores tinham conhecimento sobre dados bancários do consumidor, e a utilização dessas informações vazadas para convencer a vítima constituiu fator essencial para a aplicação do golpe. Portanto, restou configurada a responsabilidade do fornecedor pelo defeito no serviço prestado. O referido julgado deu origem ao Informativo n° 791 do STJ: "A instituição financeira responde pelo defeito na prestação de serviço consistente no tratamento indevido de dados pessoais bancários, quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor".

Por fim, tendo em vista que este trabalho abordou, em primeiro plano, uma perspectiva preventiva das fraudes bancárias, é imperioso destacar a ideia de responsabilidade civil proativa, defendida por Maria Celina Bodin de Moraes. A autora, ao analisar a responsabilidade civil presente na LGPD de maneira geral, considera:

> Esse novo sistema de responsabilidade, que vem sendo chamado de "responsabilização ativa" ou "proativa", encontra-se indicado no inciso X do art. 6º [...]. Portanto, não descumprir a lei não é mais suficiente; é preciso 'proativamente' prevenir a ocorrência de danos [...]. Exigem-se, em síntese, atitudes conscientes, diligentes e proativas por parte das empresas em relação à utilização dos dados pessoais [...]. Caberá às empresas, e não mais (apenas) à Administração Pública, a responsabilidade de identificar os próprios riscos e escolher e aplicar as medidas apropriadas para mitigá-los (Bodin de Moraes, 2019, p. 5–6).

Logo, busca-se promover um incentivo às boas práticas institucionais voltadas à prevenção de danos aos titulares de dados pessoais. Diante da sua inobservância ou insuficiência, porém, imperam as sanções aos agentes de tratamento e as implicações no âmbito da responsabilidade civil, sendo necessária uma especial atenção à vítima que sofreu os danos decorrentes da falha de segurança da instituição financeira.

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, baseado em uma perspectiva constitucional, investigou-se o conceito de pessoa vulnerável, verificando que o consumidor é presumidamente vulnerável frente ao fornecedor, conforme disposição do próprio CDC, haja vista a dependência dos produtos e serviços. Adicionalmente, alguns sujeitos possuem ainda características que agravam essa condição de vulnerabilidade pré-existente, como é o caso do consumidor idoso, atingindo a denominada hipervulnerabilidade. Essa vulnerabilidade agravada pode se dar em razão de condições socioeconômicas, psicofísicas, entre outras.

No contexto da virtualização das relações, especialmente as de consumo, as vulnerabilidades são potencializadas no meio digital, haja vista que muitos idosos não possuem familiaridade com a tecnologia. As pesquisas trazidas contribuíram para demonstrar, quantitativamente, a realidade dos idosos e a relação deles com a tecnologia, permitindo inferir que os fatores socioeconômicos possuem ligação com as diminuídas habilidades tecnológicas.

Assim, essas pessoas se tornam alvo para a aplicação de fraudes bancárias, tendo em vista que os falsários se valem dessa condição de vulnerabilidade técnica e informacional da vítima para lograr êxito. Esse cenário também pôde ser observado na pesquisa quantitativa mencionada, que revelou um exorbitante percentual de 60% de aumento das tentativas de golpes financeiros contra idosos, após o início da pandemia de COVID-19.

Considerando que as fraudes em meio digital podem se valer da utilização de dados pessoais da vítima, para conferir credibilidade ao golpe, faz-se necessária a observância da LGPD, enquanto instrumento de proteção. Todavia, não se pode perder de vista que, no tratamento de dados pessoais da pessoa idosa, é ainda mais relevante o dever de informação e de transparência a fim de tornar as informações claras e acessíveis para esse público. Diante disso é que se buscou verificar se seria exigível que as instituições financeiras adotassem medidas de segurança diferenciadas para proteger dados pessoais de pessoas idosas, como forma de prevenir fraudes.

A LGPD não deixa dúvidas acerca da necessidade da adoção de medidas técnicas e administrativas para prevenir tratamentos inadequados ou ilícitos. Através dessas medidas, promover uma tutela diferenciada para a pessoa idosa, nada mais é do que reconhecer que esse público goza de especial proteção constitucional, tendo em vista a necessidade de promover a igualdade substancial.

Portanto, a postura proativa que se espera das instituições financeiras é legítima, haja vista o dever de segurança imposto aos fornecedores de serviços pelo CDC. Diante da inobservância ou da insuficiência dessas medidas, passamos a discutir as possíveis implicações, administrativas ou cíveis, reconhecendo-se a responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras.

Ademais, verificou-se a possibilidade de se estabelecer um nexo de causalidade entre o vazamento de dados pessoais e a aplicação do golpe, a depender do caso. A análise dos julgados nos permite observar que os votos divergiram, em virtude da dificuldade de concluir, em cada caso concreto, se houve falha de segurança da instituição financeira ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

De qualquer modo, o foco deve ser a proteção e a busca pela reparação da vítima de fraude bancária, sobretudo considerando as condições da pessoa idosa hipervulnerável.

REFERÊNCIAS

AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. A Hipervulnerabilidade do Consumidor de Serviços Financeiros Digitais. In: EHRHARDT JR., Marcos; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado

(coord.). *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. Disponível em: https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR+content_type:4/%22Vulnerabilidade+e+sua+compreens%C3%A3o+no+direito+brasileiro%22/vid/875987979. Acesso em: 2 abr. 2024.

ARAÚJO, Janaína. *Proposta para coibir fraudes em contas digitais é tema de audiência pública*. Rádio Senado. 27 jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2024/06/27/proposta-para-coibir-fraudes-em-contas-digitais-e-tema-de-audiencia-publica. Acesso em: 12 ago. 2024.

ÁVILA, Marília de; SAMPAIO, Silva. *Fraudes bancárias e a proteção de dados do consumidor*. In: MARQUES *et al.* (coord.). 5 anos de LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Vulnerabilidade e cuidado*: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009. Acesso em: 15 abr. 2024.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *LGPD*: um novo regime de responsabilização civil dito "proativo". Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/448/377. Acesso em: 3 mar. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2024.

BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 1º jun. 2024.

BRASIL. Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Lei n° 14.423, de 22 de julho de 2022. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, para substituir, em toda a Lei, as expressões "idoso" e "idosos" pelas expressões "pessoa idosa" e "pessoas idosas", respectivamente. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14423.htm. Acesso em: 1º jun. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n° 77/2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9302707&ts=1719576417615&disposition=inline. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de jurisprudência n° 791. REsp n. 2.077.278/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3 out. 2023, DJe 9 out. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?livre=@CNOT=020280. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 2.077.278/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/10/2023, DJe de 09/10/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202301909798%27.REG. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297. Segunda seção, julgado em 12/05/2004, DJ 08/09/2004, p. 129. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E%22s%FAmula+297%22%3C%2Fb%3E&b=SUMU&ordenacao=-%40NUM&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=&materia=&situacao=&orgao=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=%22s%FAmula+297%22. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 479. Segunda seção, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=479.num. Acesso em 30 ago. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772766. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772766. Acesso em: 30 ago. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217. Acesso em: 31 ago. 2024.

CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design*: The 7 Foundational Principles. 2018. Disponível em: https://www.ipc.on.ca/sites/default/files/legacy/2018/01/pbd-1.pdf. Acesso em: 30 jul. 2024.

COM PANDEMIA, *idosos acessam mais internet e redes sociais, mas ainda têm dificuldade com tecnologia*. FEBRABAN Notícias, 22 set. 2022. Disponível em: https://portal.febraban.org.br/noticia/3842/pt-br. Acesso em: 4 jul. 2024.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, 2016. Acesso em: 2 jun. 2024.

DONEDA, Danilo. *Panorama histórico da proteção de dados pessoais*. In: MENDES *et al.* (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FEBRABAN *lança campanha de orientação sobre golpes financeiros contra idosos.* FEBRABAN Notícias, 2 set. 2020. Disponível em: https://portal.febraban.org.br/noticia/3513/pt-br/. Acesso em: 3 jul. 2024.

IDOSOS no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade. SESC São Paulo e Fundação Perseu Abramo, 2020. Disponível em: https://portal.sescsp.org.br/files/artigo/b72ab61d/ec0e/425f/b93f/f7747d7651c9.pdf. Acesso em: 1º jun. 2024.

KONDER, Carlos Nelson. *A distinção entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial*. In: ALMEIDA, Vitor; BARLETTA, Fabiana Rodrigues (coord.). Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. Dados sensíveis e consentimento: um panorama na lei geral de proteção de dados pessoais. *Revista Direito e Liberdade*, v.5, n. 3, 2023. Disponível em: https://www.academia.edu/112066631/Dados_Sens%C3%ADveis_e_Consentimento_um_panorama_na_Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais. Acesso em 24 jul. 2024.

KRIEGER, Ana Luiza. *Decisão histórica*: STF reconhece direito autônomo à proteção de dados. 26 out. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/353697/decisao-historica-stf-reconhece-direito-autonomo-a-protecao-de-dados. Acesso em: 26 jun. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. *Revista Civilística*, a. 11. n. 3. 2022. Acesso em: 25 mar. 2024.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 102, p. 19–43. 2015.

MENKE, Fabiano; GOULART, Guilherme Damasio. *Segurança da informação e vazamento de*

dados. In: MENDES *et al.* (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559648856. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648856. Acesso em: 4 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.23.125774-2/001. Relator: Desembargadora Jaqueline Calábria Albuquerque. Belo Horizonte, MG, julgamento em 27 de jun. de 2023, publicação da súmula em 3 jul. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.22.217648-9/001. Relator: Desembargadora Aparecida Grossi. Belo Horizonte, MG, julgamento em 8 mar. 2023, publicação da súmula em 9 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.21.033829-9/002. Relator: Desembargador Manoel dos Reis Morais. Belo Horizonte, MG, julgamento em 6 jul. 2022, publicação da súmula em 7 jul. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.17.083440-2/002. Relator: Desembargador Domingos Coelho. Belo Horizonte, MG, julgamento em 20 fev. 2019, publicação da súmula em 26 fev. 2019.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. As fraudes e abusividades contra o consumidor idoso nos empréstimos consignados e as medidas de proteção que devem ser adotadas para coibi-las. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 109, p. 397–421. 2017.

O QUE é um Firewall? CISCO. Disponível em: https://www.cisco.com/site/us/en/learn/topics/security/what-is-a-firewall.html. Acesso em: 3 ago. 2024.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. *Manual de Direito do Consumidor* - Vol. Único. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649990. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649990. Acesso em: 30 ago. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. F*undamentos do direito civil*: responsabilidade civil - Vol. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E O DECRETO Nº 11.964/2024: A EVOLUÇÃO DAS FORMAS PARA SE PRIVATIZAR NO BRASIL

PRIVATIZATION OF PRISONS AND DECREE NO. 11,964/2024: THE EVOLUTION OF WAYS TO PRIVATIZE IN BRAZIL

*Ramon Rodrigues Claro Moreira**

Resumo: Com a penetração da ideologia neoliberal no Brasil em meados dos anos de 1990, a razão comum da administração pública e dos governos brasileiros passou a ser regida pela lógica do progressivo desmonte da máquina pública, com fins de garantir maior participação dos entes privados nas atividades que antes eram exclusivas do poder público. Dessa forma, a privatização dos mais diversos setores estatais, incluindo os setores de segurança pública, como a administração de presídios, foram efetuadas em larga escala a partir dos governos eleitos após a redemocratização. No ano de 2024, a partir do Decreto n° 11.964/2024, o Poder Executivo abriu a possibilidade para que os contratos de parceria entre o poder público e o meio privado no âmbito da segurança pública e das penitenciárias pudessem ser realizadas nos moldes do Programa de Parceria e Investimentos (PPI), o que significou mais um avanço processual na legislação que regula a privatização dos setores públicos. Nesse sentido, esse artigo busca, tendo como pressuposto a criminologia crítica, a partir de uma perspectiva histórica, compreender os efeitos da prática da privatização de presídios na sociedade brasileira e o impacto do Decreto n° 11. 964/2024 no processo neoliberal de implementação de um Estado Regulador, além de, apontar para uma possível superação constitucional dos processos de privatização, a partir da "Teoria da Constituição Dirigente".

Palavras-chave: Privatização. Neoliberalismo. Presídios. Decreto nº 11.964.

Abstract: With the penetration of neoliberal ideology in Brazil in the mid-1990s, the common rationale of public administration and Brazilian governments began to be governed by the logic of progressive dismantling of the public machine, with the aim of ensuring greater participation of private entities in activities that were previously exclusive to the public authorities. Thus, the privatization of the most diverse state sectors, including public security sectors, such as prison administration, was carried out on a large scale by governments elected after redemocratization. In 2024, through Decree No. 11,964/2024, the Executive Branch opened the possibility for partnership contracts between the public authorities and the private sector in the area of public security and penitentiaries to be carried out under the terms of the Partnership and Investment Program (PPI), which represented yet another procedural advance in the legislation that regulates the privatization of public sectors. In this sense, this article seeks, based on critical criminology, from a historical perspective, to understand the effects of the practice of privatizing prisons on Brazilian society and the impact of Decree No. 11,964/2024 on the neoliberal process of implementing a Regulatory State, in addition to pointing to a possible constitutional overcoming of privatization processes, based on the "Theory of the Governing Constitution".

Keywords: Privatization. Neoliberalism. Prisons. Decree no. 11,964.

1. INTRODUÇÃO

Desde a redemocratização, o Brasil vive sob a égide de políticas econômicas neoliberais. O fim da ditadura militar e a ascensão de governos democraticamente eleitos não significaram o fim da desigualdade e da pobreza no Brasil, pois, ao mesmo tempo em que a democracia retornava ao país, tomava força no mundo e, especialmente na América Latina, as políticas econômicas neoliberais, que dentre outras medidas propunha a austeridade fiscal e o desmonte da máquina pública por meio da privatização e a concessão de serviços públicos para a iniciativa privada.

Em dezembro de 1989, o então candidato à presidência Fernando Collor de Mello venceu as eleições presidenciais do Brasil. Um mês antes, se reuniam em Washington economistas, entidades financeiras e funcionários do governo norte-americano para avaliar as políticas econômicas

* Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1871078171759253. Email: ramon.rodrigues@ufms.br.

vigentes no continente americano, e as conclusões desta reunião, que ficaram conhecidas como *Consenso de Washington* (Williamson, 1990), se resumiam em dez propostas de políticas econômicas que deveriam ser adotadas pelos governos latino-americanos, sendo uma delas e talvez a mais impactante para a administração pública do Brasil, a privatização de empresas públicas, que foi adotada primeiramente como política econômica pelo governo de Fernando Collor de Mello e teve seu clímax no governo de Fernando Henrique Cardoso[1].

O primeiro passo para a efetivação da medida proposta pelos EUA foi o I Programa Nacional de Desestatização, criado em 1990 por meio da Lei nº 8.031/1990, que tinha como único objetivo alavancar o processo de privatização. E desde sua criação até 1992 foram privatizadas cerca de 18 empresas estatais federais (Teles e Dias, 2022). Se sucedeu a este o II Programa Nacional de Desestatização criado no governo FHC, pela Lei nº 9.491/1997, que garantiu um avanço processual na privatização.

A partir dos dois programas, a diminuição do Estado constituiu-se num eterno devir da administração pública brasileira resultando na elaboração de variadas leis que regulamentam e dão novos moldes a esse processo, e na consolidação de um discurso político que demoniza a atuação do Estado. É próprio desse discurso as afirmações sobre a ineficiência e os altos custos dos serviços oferecidos pelo Estado, e a necessidade de se transmitir à iniciativa privada o oferecimento dos mais variados serviços públicos. Em outras palavras, pode-se dizer que o Consenso de Washington se tornou a narrativa oficial dos governos brasileiros eleitos após a redemocratização, o que influenciou para o fortalecimento da privatização de presídios no Brasil.

Nesse sentido, sob a perspectiva da criminologia crítica, e tendo como premissa teórica que a privatização de presídios não é um fenômeno isolado, mas sim o resultado da aproximação, fundada no paradigma neoliberal, entre o meio público e o meio privado, na busca da expansão do capital, esta pesquisa objetiva examinar como a privatização de presídios se materializou no Brasil, a partir da década de 1990, e como, mais recentemente, o Decreto nº 11.964/2024 se inseriu como uma medida legal para tornar mais vantajoso para a iniciativa privada alocar seu capital na construção e administração de presídios, levando criação de um nicho de mercado altamente lucrativo, que extrai o seu lucro explorando o Direito Penal, o poder punitivo do Estado, e o cerceamento da liberdade de indivíduos encarcerados, que sob a lógica de um presídio privado são desumanizados a ponto de se tornarem uma nova fonte de renda para a iniciativa privada.

2. PRISÃO E CAPITALISMO

Numa leitura marxista do nascimento das penitenciárias e sua relação com a *acumulação primitiva do capital*[2], os alemães Otto Kirschheimer e Georg Rusche, apontam para o fato de que as prisões sempre existiram para a regulação de determinada estrutura econômica, sintetizada na máxima: "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção" (Rusche; Kirscheimer, 2004, p. 20). Para a criminologia marxista, a violência penal é parte fundamental do processo de acumulação primitiva, ela é necessária para disciplinar as classes expropriadas dos meios de subsistência, e introduzir a lógica do trabalho assalariado. Nesse sentido, o poder punitivo e a penitenciária historicamente são instrumentos ba-

1 O ex-presidente do BNDES que dirigiu o banco entre 1990 e 1992, Eduardo Modiano, encara o governo de Fernando Henrique Cardoso como sendo a terceira fase do processo de privatização no Brasil, e o momento em que a privatização realmente dá um salto de efetividade, sendo a primeira e segunda, os governos de Collor e Itamar Franco respectivamente (Modiano, 2000).

2 Marx, em *O Capital - Livro I*, denota que o processo de acumulação capitalista não tendo origem em si mesma, na verdade é fruto de um processo histórico anterior de acumulação que envolve o uso da violência para expropriar os produtores diretos de seus meios de produção, e assim transformá-los em trabalhadores assalariados. Esse processo de acumulação, que para Marx tem sua "forma clássica" na Inglaterra, onde levas de camponeses foram expulsos de suas terras e meios de produção, para mais tarde serem integrados como classe assalariada, é a definição que Marx dá "a assim chamada acumulação primitiva" (2017).

silares para a sustentação de qualquer sistema de produção, especialmente o sistema capitalista.

Seguindo na mesma esteira de compreender as razões do surgimento da prisão e sua relação com o modo de produção capitalista, os criminólogos italianos Dário Melossi e Massimo Pavarini escreveram a obra Cárcere e Fronteira (2006). Para os autores, no momento de transição do modo de produção feudal para o capitalista, dentro do processo de acumulação primitiva, a burguesia dependia fortemente do Estado, que tinha a função de controlar a nova classe operária, o que era feito em parte, por meio das instituições segregadoras, como as casas de correção. Para os autores, na Inglaterra, as casas de correção foram uma resposta ao fenômeno da vagabundagem instaurado após a expulsão dos camponeses das terras nos séculos XV e XVI. As casas de correção eram designadas para oferecer trabalho aos desempregados, ou trabalho forçado a que se recusasse (Melossi e Pavarini, 2006, p. 37). Além disso, devido às condições subumanas de trabalho dentro delas, as casas de correção tinham a função de aterrorizar os trabalhadores livres, para que estes se submetessem a quaisquer condições de trabalho: "O trabalho forçado nas *houses of correction* ou *workhouses* era direcionado, portanto, para dobrar a resistência da força de trabalho e fazê-la aceitar as condições que permitissem o máximo grau de extração de mais-valia" (Melossi e Pavarini, 2006, p. 38).

Assim, o Estado e seu poder de coerção para obrigar os expropriados ao trabalho, por meio das casas de correção, foram essenciais para a consolidação do modo de produção fundado no trabalho assalariado. No entanto, no século XX, a partir do processo de transformação da ideologia do capital, de liberalismo para neoliberalismo, de um capitalismo que encontrava seu sustento na força coercitiva e política do Estado, para um capitalismo que, já estabelecido e enraizado na sociedade, encontra alicerce no processo democrático[3], tem-se a consolidação de novos paradigmas político-econômicos para a expansão do capital, que busca se distanciar do Estado. Sob o modelo neoliberal, a intervenção estatal é tida como inimiga da prosperidade, e quaisquer formas de políticas intervencionistas são tomadas como ataques à liberdades econômicas. A partir desse novo paradigma econômico, a nova roupagem do capitalismo é a da abertura das fronteiras econômicas e a da diminuição da estrutura estatal, mediante a privatização, medidas impostas principalmente para os países da América Latina, sob a fachada de serem condicionantes para a prosperidade dessas nações, como exposto no Consenso de Washington (Giambage e Almeida, p. 9, 2003).

3. A ORIGEM DO FENÔMENO DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Britney Majure (2016), citando Charles Campbell, localiza as origens da relação entre entidades privadas e o sistema prisional nos Estados Unidos, no momento do fim da Revolução Americana, momento em que havia grande necessidade de aprisionar os inimigos derrotados. Nesse sentido, a prisão era uma expressão da vontade das elites vencedoras de separar os indivíduos indesejáveis da sociedade, mantendo-os presos e distantes. Nesse sentido, Majure:

> Prison studies expert Charles Campbell dates privatized imprisonment to the convict leasing system, which originally involved private parties responsible for the detainment and care of prisoners at the end of the American Revo-

3 Para o economista Bresser Pereira (2002), a democracia não era viável nos modos de produção anteriores ao capitalismo, especialmente em sociedades onde a classe dominante extraía o excedente econômico por meio de controle direto sobre o Estado. A mudança começa com a revolução capitalista, que inclui a formação do Estado-nação e a Revolução Industrial, eventos fundamentais que alteram a maneira como o excedente é gerado e distribuído. A burguesia passou a extrair o excedente econômico a partir do mercado, por meio da troca de valores, sem a necessidade de controle direto do Estado. Com isso, a burguesia, que antes temia a possibilidade de uma estrutura política mais democrática, começou a aceitar a democracia, embora com ressalvas. Ainda havi medo no sufrágio universal, pois este poderia resultar na ascensão de um partido socialista que alteraria as relações de poder. Para mitigar esse risco e preservar seus interesses, a burguesia adotou dispositivos constitucionais que restringiam o poder do legislativo e do executivo. Esses mecanismos foram desenhados para garantir que a democracia não ameaçasse a estrutura de poder dominante. Ao implementar essas restrições, a burguesia conseguiu, por fim, eliminar seu medo do sufrágio universal, permitindo, assim, a transição para um modelo democrático que, embora formalmente representativo, era condicionado pela manutenção dos interesses da classe dominante.

> lution. Under this system, after a battle ended, elites loaded society ills onto hulks, which then became prison ships (2016, p. 8).

Apesar desse histórico, a privatização de presídios aconteceu de forma mais contundente, tanto nos Estados Unidos, quanto em outros países de língua inglesa, como Austrália e Reino Unido, a partir da declaração de guerra às drogas, do Presidente Ronald Reagan, na década de 1980 (Majure, p. 22). Nesse momento, a ascensão do modelo econômico neoliberal, norteado pelo princípio da diminuição da estrutura do Estado, propagado no mundo, principalmente pelos discursos e políticas de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, foram vitais para a consolidação do que veio se chamar "indústria penal". Como resultado da ideologia neoliberal de privatização, teve-se na década de 1980, a fundação de uma das maiores companhias destinadas a construir e administrar presídios, nos Estados Unidos, a *Corrections Corporations of America* (CCA), *ou CoreCivic, Inc*. A expansão dessa companhia foi tão expressiva que em 2015 a empresa já mantinha uma receita de 1.9 bilhões de dólares, e em 2016 já administrava cerca de 65 instalações penitenciárias ao longo de todos o território dos Estados Unidos, o que incluía prisões federais, estaduais, municipais e centros de detenção de imigrantes[4].

Há de se ressaltar aqui que a forma de privatizar entregando-se de forma total a administração do presídio para a entidade privada é concebida, na literatura sobre privatização de presídios, como um dos dois modelos possíveis de privatização vigente, sendo este o modelo americano, também denominado modelo de controle total, que difere do segundo, o modelo francês, no qual somente parte das atividades penitenciárias ficam a cargo das entidades privadas (Vallaroy, 2020). A partir da consolidação deste primeiro bloco de privatizações no centro do capitalismo, a lógica de privatização de presídios penetra nos países do sul global, dentro de um pacote de medidas neoliberais mais extenso que, como já explicitado aqui, adentra o Brasil de forma contundente nos governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso.

4. O CASO BRASILEIRO DE PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

A origem do processo de privatização de penitenciárias no Brasil é parte do projeto neoliberal que penetra no país na década de 1990. Em 1992, Edmundo Oliveira, presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), apresentou em reunião ao Conselho, o primeiro projeto de privatização do sistema penal brasileiro como uma solução aos problemas de superlotação e péssimas condições das penitenciárias. Ainda em 1992, o Estado de São Paulo por meio da Lei n° 7.835/1992, a qual "dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos [...]", foi o primeiro Estado brasileiro a determinar legalmente a possibilidade da privatização de presídios. No entanto, a lei, no que diz respeito à concessão de serviços públicos, não inovava no ordenamento jurídico, pois a Constituição Federal de 1988, já previa em seu artigo 175 a concessão de serviços públicos (Brasil, 1988). Apesar disso, foi em 12 de novembro de 1999, no Paraná, com a inauguração da Penitenciária Industrial de Guarapuava, administrada de forma mista pela empresa Humanitas, e o Governo do Estado, que houve "a primeira experiência brasileira significativa de privatização carcerária" (Vallaroy, 2020). A partir desta primeira tentativa, outros Estados adotaram o modelo e, em 2005, já havia no Brasil cerca de treze estabelecimentos prisionais sendo administrados por empresas privadas (Vallaroy, 2020).

Como dito, a realidade da privatização do sistema penitenciário brasileiro se dava pela forma da concessão dos serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição, e regida pela Lei nº 8987/1995. Porém, o modelo de privatização entendido a partir destes dispositivos fora preterido pela forma da Parceria Público-Privada (PPP), instituída pela Lei nº 11.079/2004. A PPP no sistema penitenciário é fundada no tipo de contrato em que a iniciativa privada deve construir e

4 Dados extraídos do site: https://www.motherjones.com/politics/2016/06/cca-corrections-corperation-america-private-prisons--company-profile.

administrar o estabelecimento penitenciário para em determinado momento transferi-lo para o Estado, para que este apenas fiscalize o processo e o desempenho dos serviços prestados (Vallaroy, 2020). Algumas são as diferenças com o modelo de concessão prevista na Lei n° 8.987/1995, e o modelo de PPP é mais vantajoso para o ente privado, como explicitado por (Vallaroy, 2020, p. 151):

> Este modelo desperta o interesse nos grupos privados exatamente pelas características que o distingue das concessões comuns, como o longo período de vigência mínima do contrato, a repartição dos riscos com o Estado, o valor mínimo de contrato de dois milhões e a remuneração estatal. É um modelo muito comum nos Estados Unidos, independente do tipo de privatização prisional utilizado, cogestão ou controle total.

Apesar de ambas serem processos que levam a delegação ao ente privado de alguma atividade do setor público, a doutrina jurídica entende que concessão e PPP possuem significados diferentes. Sobre a concessão, Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2020, p. 624–33) ensina que em sentido amplo ela pode ser entendida como:

> [...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

A Parceria Público-Privada é definida pelo art. 2°, § 1° e § 2°, da Lei nº 11.079/2004:

> Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
> § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.
> § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Di Pietro (2020, p. 650–51) analisa que a partir do dispositivo supracitado a parceria público-privado:

> pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens [...].

Conforme a revogada Lei nº 8.031/1990, a privatização era entendida como "a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade". Percebe-se que a lei dava ao termo sentido específico que somente abrangia empresas estatais e sociedades de economia mista. A Lei nº 9491/1997, lei vigente que revogou a Lei nº 8.031/1990, não fala em privatização, mas sim em "desestatização", conceito que o dispositivo legal tornou mais abrangente:

> Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:
>
> § 1º Considera-se desestatização:
>
> a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
>
> b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
>
> c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

As alíneas "b" e "c" garantiram ao termo "desestatização" abarcar outras entidades além das empresas estatais e sociedades de economia mista. E a diferenciação entre os termos, privatização, concessão e PPP, que fazem as leis e a doutrina jurídica, não muda o fato de que na essência

dessas atividades está a transferência de parte do Estado (seja o serviço, a obra, os bens, as entidades, o controle acionário das empresas) para a iniciativa privada, de forma definitiva, ou temporária. Além disso, ao se considerar a "desestatização" prevista na Lei nº 9491/1997 como uma evolução jurídica do conceito de "privatização", presente na Lei nº 8.031/1990, pode-se inferir que toda a prática que tenha como efeitos a transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada é uma prática privatizadora, e a concessão e a PPP são meios para este fim.

O Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, inaugurado em 2013 e situado em Minas Gerais, foi a primeira experiência de construção e administração de presídio por meio de PPP. Nesse caso, como já dito, o Estado somente fiscaliza o processo de construção e administração, delegando para a iniciativa privada não somente atividades acessórias como a limpeza e a alimentação, mas também atividades típicas do Estado, inclusive aquelas realizadas com fulcro no poder coercitivo da administração pública. Deve se considerar que o Estado ao delegar a administração do presídio para a iniciativa privada, também está delegando o uso do poder de polícia, pois ao encarcerar e manter a segurança de um presídio, o Estado está utilizando-se do poder de polícia, legalmente previsto no Código Tributário Nacional que aduz em seu art. 78:

> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
>
> Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Sobre o poder de polícia, Di Pietro (2020) ensina que "Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público" (p. 323) e que seu fundamento é "o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados" (p. 319).

É por meio do uso do poder de polícia que o Estado é capaz de privar um indivíduo de sua liberdade, encarcerá-lo em uma penitenciária. A própria manutenção do funcionamento de uma prisão requer o uso do poder de polícia, para conter os encarcerados "disciplinados" e evitar rebeliões. Ocorre que ao se delegar a atividade de administração de um presídio para a iniciativa privada, inevitavelmente, estará também se delegando o poder de polícia ao gestor privado que deverá manter o presídio funcionando e reforçar a sua segurança, o que constitui numa ilegalidade de acordo a Lei de Execução Penal, que estabelece em seu art. 47 que o poder disciplinar, na execução penal, deverá ser realizado pelas autoridades administrativas (Brasil, 1984).

No horizonte constitucional, Silva (2016) identifica uma contrariedade entre a privatização de presídio e a Constituição, quando esta declara em seu art. 144 que a segurança pública é um dever do Estado. Para o autor:

> Delegar ao particular a manutenção da ordem, da disciplina e da segurança no interior da Unidade Penal, dos registros com a identificação datiloscópica e fotográfica dos sentenciados, bem como a atualização dos prontuários dos sentenciados, de maneira a permitir o acompanhamento da pena e dos direitos concedidos, é ato de autoridade, que pode exigir o uso da força, e que somente o Estado tem poderes constitucionalmente outorgados para realizá-los (p. 107).

Nesse sentido, a privatização da administração de um presídio está em desacordo com diversas normas legais, inclusive com a Constituição Federal.

5. AS NOVAS CONFIGURAÇÕES LEGAIS PARA A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIO NO BRASIL: O DECRETO N° 11. 964/2024

Na data do dia 26 de março de 2024 foi editado o Decreto n. 11.964, que se dispõe a "regulamentar os critérios e as condições para o enquadramento e acompanhamento dos projetos de investimento considerados como prioritários nas áreas de infraestrutura [...]" (Brasil. 1984). Aqui o decreto faz referência ao Programa de Parceria e Investimento (PPI). No art. 4°, IX, o decreto incluiu a área de segurança pública e sistema prisional como uma das áreas sujeitas ao regime de parceria e investimento privado. Até então, a privatização de presídios era legalmente amparada pelas leis que instituíram o modelo de concessão e o Parceria Público Privada, com o novo decreto, há inovação no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à privatização, ao se criar mais uma possibilidade de aproximação entre iniciativa privada e o sistema penitenciário.

Criado pela Lei nº 13.334/2016, o Programa de Parceria e Investimento (PPI) visa o fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria, para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização (art. 1º, *caput*). Como esclarece Garcia (2018), a lei não cria nenhum tipo contratual novo, mas sim qualifica determinados contratos e empreendimentos para que estes tenham maior atratividade comercial. Conforme a referida lei, os contratos qualificados no PPI "serão tratados como empreendimentos de interesse estratégico e terão prioridade nacional perante todos os agentes públicos nas esferas administrativa e controladora da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 5°, *caput*). O fortalecimento do papel regulador do Estado (art. 2°, V), e a eliminação das barreiras burocráticas à livre organização da atividade empresarial (art. 6, II) são alguns dos objetivos expressos na Lei nº 13.334/2016, não havendo dúvida, portanto, de que o PPI é parte do projeto de redução da atividade estatal, fundado na ideia do Estado regulador.

O Estado regulador tem como fundamento abdicar da participação direta no oferecimento dos serviços públicos e na atividade econômica, resguardando para si o papel de regulador das atividades econômicas promovidas pelo setor privado. O Estado regulador fica responsável por promover a fiscalização, a fim de garantir a universalidade dos serviços públicos (Bercovici *et al*, 2006).

O Decreto n° 11.964/2024 ao incluir a área de segurança pública e sistema prisional como passíveis de contratação na modalidade PPI tornou os investimentos nessas áreas mais lucrativos e seguros, o que certamente irá aumentar a participação do meio privado por meio dos contratos de parceria. Soma-se a isso o fato de ter sido promulgado em 2023 a Lei Complementar nº 200/2023 que instituiu o chamado novo arcabouço fiscal em substituição ao teto de gastos implementado no governo de Michel Temer. O arcabouço fiscal tem como finalidade o controle do endividamento do Estado, impedindo gastos acima de um limite legalmente imposto, o que na prática se traduz em uma redução do crescimento da máquina pública. A privatização dos diversos setores do Estado somado a um sistema de normas legal que limita os gastos públicos, e consequentemente limita um maior oferecimento de serviços públicos, são efeitos da mesma ideologia propagada pelos ideais do Consenso de Washington, é a continuidade do processo, iniciado na década de 1990 com implementação do neoliberalismo nos governos do sul global, que leva à substituição do Estado intervencionista, pelo Estado regulador.

Mais ainda, o Decreto n° 11.964/2024, na seara do sistema penal, aponta para a construção de um futuro muito semelhante àquele denunciado por Angela Davis em sua obra *Estarão as Prisões Obsoletas*, e que se consolidou nos Estados Unidos, o da criação de um "complexo industrial-penal". Na obra, a autora traçou um diagnóstico acerca da realidade do sistema carcerário norte-americano, de-

notando que os presídios, na conjuntura de um sistema econômico baseado na propriedade privada, estão inseridos em uma dinâmica em prol da exploração da mão de obra do apenado que relaciona "grandes corporações, governo, comunidades correcionais e mídia" (2020, p. 91–92). Para a autora essa proximidade entre corporações privadas e presídios gera o que os estudiosos do tema chamam de "complexo industrial-penal", um espaço em que o apenado é forçado a trabalhar e produzir valor em benefício dessas corporações que detêm a propriedade da penitenciária.

Uma nova forma de lucrar e explorar a mão de obra se consolida a partir do desmantelamento do Estado brasileiro. As privatizações no âmbito penal além de servirem para a concretude do projeto neoliberal de diminuição do Estado brasileiro, também aprofundam todo tipo de desigualdade e violência existente na esfera do direito penal. Ao se tratar de um país que sempre encarou a questão do encarceramento em massa, e do encarceramento desigual entre pessoas brancas e negras, substituir a lógica de encarceramento do Estado, pela lógica do lucro da iniciativa privada só tende a aprofundar essas problemáticas.

6. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E OS CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DO DIREITO PENAL

A partir do paradigma do *labelling approach*[5], a criminologia crítica se consolida como uma grande ferramenta para a análise e discussão do fenômeno da criminalização das classes menos abastadas. Expandindo o horizonte da discussão criminológica, o *labeling approach* possibilita uma discussão criminológica sob uma perspectiva macrossociológica, buscando explicar o papel dos determinantes jurídicos, econômicos, políticos, históricos e culturais na "produção" da criminalidade. Para Baratta (2002, p. 159), a adoção do *labelling approach* pela sociologia criminal significou a transição de uma criminologia sob raízes liberais para uma criminologia crítica, com vistas a construir uma teoria materialista da criminalização.

Sob este enfoque teórico, Baratta (2002, p. 162) propõe uma crítica ao Direito Penal, desmascarando "o mito do direito penal como direito igual por excelência", que protege a todos igualmente, e cria leis penais que valem igualmente para todos. A esse mito o jurista responde com três críticas:

> a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais está igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas dos bens essenciais o faz com intensidade desigual e modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

O materialismo de Baratta permitiu ao autor entrever as relações de poder e de classe que estruturam o Sistema Penal. Este é situado pelo autor na forma de uma instituição reprodutora de desigualdades. Mas não somente, pois Baratta está em acordo com Rusche, quanto ao papel de reprodutor da realidade social do Sistema Penal. De acordo com Rusche (1993, p. 70 *apud* Baratta, 2002, p. 171–172):

> A instituição do direito penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como a instância de asseguramento da realidade social O direito penal realiza, no extremo inferior do continuum, o que a escola realiza na zona média e superior dele: a separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente e, desse modo assegura uma parte essencial da realidade social.

Na esteira da crítica ao Sistema Penal, sob o alicerce da criminologia crítica, Baratta, assim como Zaffaroni, propõe a teoria de um Direito Penal Mínimo, ou seja, um direito penal com o míni-

5 O *labelling approach* também chamado de teoria do etiquetamento social, se funda como uma matriz teórica, que desloca as investigações das causas dos crimes da pessoa delinquente, e o seu meio social para o sistema penal, entendido como um conjunto de processos que tem como fim o etiquetamento na identidade do desviante (Andrade, 1994).

mo de uso do poder coercitivo do Estado e com o máximo de respeito aos direitos humanos e as garantias constitucionais. Outros juristas como Luigi Ferrajoli, não adeptos da criminologia crítica, também se inserem nesta corrente denominada de "Minimalismo Penal", no entanto, a especificidade do Direito Penal Mínimo proposto por Baratta (1997) e Zaffaroni (1991) é que a estrutura penal mínima não é o fim último do direito, mas apenas uma etapa de transição, para a concretização dos objetivos de abolição do próprio direito. Ambos os autores, dessa forma, estão alinhados com as perspectivas teleológicas de superação da forma direito propostas inicialmente por Marx, e mais tarde elaboradas propriamente no campo da ciência jurídica por Evgeni Pachukanis em seu célebre tratado *Teoria Geral do Direito e Marxismo*.

No entanto, postula-se neste trabalho que ao se conjugar a realidade do sistema penal brasileiro com a teoria do Direito Penal Mínimo, deve-se ter em mente que as especificidades da realidade em que se situa esse sistema penal, a realidade de uma nação de economia subdesenvolvida, produto da periferia do capitalismo global, podem se mostrar impeditivas para um processo de transformação social que tenha como pressuposto a crítica às amarras políticas e econômicas que historicamente moldaram o Direito Penal. É nesse sentido que se buscou nesta pesquisa atrelar a essa teoria de superação da forma penal, com a Teoria da Constituição Dirigente, que sob a perspectiva do fim do subdesenvolvimento busca na Constituição Federal, os pressupostos para a construção de um projeto nacional de desenvolvimento.

7. A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E O PROJETO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO

A Constituição de 1988 é alvo de múltiplos debates acerca da interpretação de seu conteúdo. Para Bercovici (2022, p.53), a Constituição de 1988 se insere no fenômeno chamado "constitucionalismo social" em que as Constituições, em seu conteúdo econômico, pretendem fazer alterações na realidade econômica e não somente receber a estrutura econômica já existente. Nesse sentido ela se categoriza como Constituição Dirigente, conceito consagrado pelo jurista José Gomes Canotilho para indicar uma Constituição que possui em seu texto um plano de transformação social e do Estado (Bercovici, 2013, p. 291). No entanto, Bercovici ao falar de dirigismo constitucional não tem em mente a mudança da realidade pela via do direito constitucional, o direito não é capaz de mudar a realidade, mas assegura meios para que as lutas sociais sejam travadas no campo jurídico e político. Dessa forma, o dirigismo aponta para a possibilidade da mudança pela via social. A Constituição "referenda judicialmente as mudanças, mas não é responsável por mudá-las" (Bercovici, 2022, p .57).

Um dos principais dispositivos constitucionais no sentido da transformação da realidade é o art. 3° e seus incisos. Aduz o referido dispositivo:

> Art. 3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I–construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II – garantir o desenvolvimento nacional;
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não há de se pensar na concretização desses ideais numa sociedade em que vigora um modelo de execução penal administrado pela iniciativa privada. A iniciativa privada age de forma a alcançar os resultados que garanta o maior lucro e num setor, como o sistema penal, este lucro é extraído a partir do maior encarceramento dos indivíduos. Ainda assim, a Constituição de 1988 vigora como um chamamento à luta social, por meio de um projeto de desenvolvimento, pela implementação de um sistema penal que não seja norteado pela lógica do lucro. No entanto, apesar de lançar as bases para um projeto de desenvolvimento nacional, a Constituição de 1988 foi re-

formada inúmeras vezes, o que para Bercovici (2022) significa que ainda não houve um consenso mínimo para estabelecer, a partir das bases constitucionais, um projeto de desenvolvimento.

Nesse contexto, Bercovici (2003) declara a crise da Constituição e da Teoria da Constituição, e, para superá-la, o autor propõe a necessidade da formulação de uma Teoria do Estado, capaz de compreender as relações entre a política, a democracia, a soberania, a Constituição e o Estado. Uma teoria que busca entender o Estado em seu movimento histórico, superando as teorias dos Estados modernos que pressupunham um Estado imutável, da mesma forma como propôs o filósofo Hermann Heller. Segundo Renato Treves (1957), Heller propunha uma teoria do estado que destoava daquelas de seu tempo, que em geral propunham regras gerais para o Estado. Para Heller, essas teorias erravam ao acreditar num estudo do Estado que desconsiderava as condições peculiares do tempo e do espaço nos quais está inserido o Estado. Conforme Treves (1957, p. 342):

> Estas doctrinas generales, según Helier caen en el error de creer que el estado puede ser estudiado independientemente de las singulares consideraciones de tiempo y lugar, y parten de un presupuesto inadmisible, al decir que el estado, o por lo menos su estructura formal es algo fijo, invariable e independiente de aquellas condiciones.

Na definição de sua teoria do Estado, o filósofo alemão toma o caminho intermediário entre as concepções científico-naturalistas, e as concepções espiritualistas e idealistas e determina que o Estado não pertencendo nem ao mundo da natureza, nem ao do espírito, pertence ao mundo da cultura, definido como:

> aquel mundo en el que los fenómenos de la naturaleza son transformados por la actividad humana y son, por esta misma actividad , encauzados hacia determinados ideales, dirigidos a la realización de ciertos valores espirituales (Treves, 1957).

Dessa forma, o Estado para Heller é essencialmente atividade humana social, "unidad organizada de decisión y de acción" (Treves, 1957). A teoria do Estado para Heller pertence às ciências da realidade, que se referem a ação e estudam a realidade atual, e deve ser em todos os seus aspectos uma ciência sociológica da realidade, que compreende o Estado como uma formação histórica real, e busca explicá-lo com base no princípio de causalidade e na interpretação da conexão que há entre as atividades históricas e sociais. Assim, Heller propõe que o método para o estudo do Estado deve ser um que esteja entre o método das ciências naturais, que buscam compreender as leis naturais e criar conceitos gerais, e o método das ciências históricas que se atentam aos aspectos particulares dos fenômenos distintos e criam conceitos individuais.

Nesse ínterim, a Teoria do Constitucionalismo Dirigente aliada a uma Teoria do Estado que seja capaz de conceber todos os elementos históricos, econômicos, políticos e sociais próprios da realidade brasileira, é tida por Bercovici como uma saída pela qual a sociedade, apoiada na Constituição Federal, possa questionar e buscar a reversão do projeto neoliberal implementado no Brasil. Mais ainda, postula-se nesta pesquisa que a correlação entre ambas as teorias é fundamental para a instituição de políticas penais mais humanitárias que se aproximem da teoria do Direito Penal Mínimo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a introdução do projeto neoliberal no Brasil ocorreu um aprofundamento das relações entre a iniciativa privada e o poder público. Desde os governos da década de 90, momento de pioneirismo do neoliberalismo no Brasil, até o governo atual do Partido dos Trabalhadores, a iniciativa privada tem somente aumentado a sua zona de controle sobre as mais diversas áreas do Estado brasileiro, reduzindo cada vez mais as estruturas da administração pública até o ponto de se consolidá-lo como um Estado regulador. Em realidade, o projeto neoliberal que é amparado pelos diversos setores da sociedade, entre eles a mídia, grande parte do legislativo, do executivo, do

judiciário e até mesmo por parte do ordenamento jurídico brasileiro, com o seu objetivo de reduzir a estrutura do Estado só tende tolher os meios para se assegurar os direitos sociais e constitucionais dos brasileiros. A privatização de presídios é apenas uma gota no enorme oceano de práticas que atacam direitos sociais, sendo uma consequência do grande processo de desmantelamento da máquina pública brasileira e da interrupção do projeto de desenvolvimento nacional que vinha se consolidando desde antes da Constituição de 1988 estabelecê-lo como um norte político. Além disso, não se pode subestimar a força política e econômica dos grupos que detém o controle dos presídios privados no Brasil, as companhias Corrections Corporation of America (CCA) e a Wackenhunt Corrections Corporations, maiores companhias de gerenciamento de presídios, já provaram a lucratividade do setor penitenciário com suas receitas bilionárias. Pensar a reversão dessas privatizações é algo assaz ilusório no contexto político econômico de sucateamento dos setores públicos e de austeridade fiscal instaurados no Brasil.

Claro que há de se considerar que a máquina pública brasileira historicamente, no âmbito penal, nunca lidou bem com o encarceramento, e isso gera a inconformidade da sociedade brasileira. A violência, as revoltas e a precariedade das penitenciárias brasileiras levam a sociedade a repensar a função dos presídios. Acontece que todos esses fatores ao invés de fomentarem na opinião pública um pensamento crítico sobre as finalidades de um presídio e da pena privativa de liberdade, em realidade foram cooptados pelo discurso político para se efetivar o modelo de penitenciária privada como uma alternativa eficiente. No entanto, esse discurso encobre toda a lógica de lucro e degradação de direitos humanos que a privatização no setor de segurança pública torna realidade.

Não obstante o cenário pessimista, é importante ressaltar o papel da Constituição Dirigente no processo de luta pelos direitos sociais e de reconstrução do Estado brasileiro, pois como Bercovici (2022) aponta, "para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro". A Constituição de 1988 tem em si a forma e as diretrizes para a construção de um processo de eliminação da ideologia neoliberal da administração pública, em prol do desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, como determinado pelo seu art. 3°, I, II. O desenvolvimento nacional, ou superação do subdesenvolvimento, necessariamente passa pelo fortalecimento do Estado e pela reestatização dos mais diversos setores que ao longo do período de 1990 a 2024 foram sendo transferidos para a iniciativa privada. A aposta num direito penal minimalista, que esteja de acordo com a justiça social e com o respeito às liberdades individuais, com o mínimo de uso do poder coercitivo do Estado, paradoxalmente, está condicionada pela constituição de uma Teoria do Estado, que seja capaz de pavimentar o caminho pelo qual o Estado sempre respaldado pelo interesse social tenha força política e econômica suficiente para superar a forma político-econômica do Direito Penal que sempre esteve atrelado ao desenvolvimento do capital, e a reprodução da realidade desigual.

Historicamente, no Brasil o desenvolvimentismo foi uma política econômica de desenvolvimento das forças produtivas que tinha como princípios, a industrialização, o nacionalismo e a intervenção estatal (Fonseca e Salomão, 2017). A iniciativa privada tinha papel fundamental no desenvolvimento da indústria, mas sempre de forma encabeçada e planejada pelo Estado que aos moldes da política corporativista garantia direitos sociais aos trabalhadores ao mesmo tempo que cedia espaço para a burguesia nacional realizar seu capital. No momento atual, as classes dominantes do país se interessam por dividir o Estado em vários pedaços e cruzando os limites do público e do privado, absorver os setores públicos, extraindo o máximo de lucro possível, chegando até mesmo a privatizar presídios, e, de certa maneira, o próprio Direito Penal, que agora, mais do que reproduzir a realidade social, aumenta o lucro dos administradores privados das penitenciárias ao ser aplicado de forma desigual na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal, em busca da segurança jurídica prometida*. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1994a. Tese de Doutorado.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de; MASSONETTO, Luís Fernando. Reforma do Estado, prestação de serviços públicos, contribuições especiais e federalismo. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 40, p. 171–193, 2006.

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA NETO, C. P. ; MORAES FILHO, J. F. ; LIMA, M. M. B. . *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/htm.

BRASIL. Decreto nº 11.964, de 26 de março de 2024, Regulamenta os critérios e as condições para enquadramento e acompanhamento dos projetos de investimento considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação [...]. Brasília: Diário Oficial da União, 2024.

BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1997.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Transição, consolidação democrática e revolução capitalista. Dados, [S.L.], v. 54, n. 2, p. 223-258, 2011. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582011000200001.

DAVIS. Angela. *Estarão as Prisões Obsoletas*?. 6. ed. Rio de Janeiro. Difel, 2020.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra; SALOMÃO, Ivan Colangelo. O Sentido Histórico do Desenvolvimentismo e sua Atualidade. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 21, 2017.

FURTADO, Celso. *A construção interrompida*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GARCIA, Flávio Amaral. Programa de parcerias e investimentos - PPI e o direito da infraestrutura. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, p. 1–17, 2018.

GIAMBIAGI, F.; ALMEIDA, P. R. Morte do Consenso de Washington? Os rumores a esse respeito parecem muito exagerados. BNDES, *Textos para Discussão*, n. 103, Rio de Janeiro, out. 2003.

MAJURE, Britney. *Corrections Corporation of America Irresponsibility and Investor Behavior*. Master Degree, Department of Political Science. University of New Hampshire, 2016.

MARX, Karl. *O Capital*: Crítica da economia política - Livro 1: O processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo, Boitempo, 2017.

MODIANO, Eduardo Marco. Um balanço da privatização nos anos 90. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (ed.). *A privatização no Brasil*: o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 321–327.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios e sua (in)compatibilidade com o estado democrático de direito*: a ressocialização irrefletida. 2015. Dissertação (Mestrado)

– Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015.

TELES, André Correa; DIAS, Murillo de Oliveira. A evolução da privatização no Brasil. International Journal of Development Research, [S.L.], p. 57426-57435, 28 jul. 2022. *International Journal of Development Research*. http://dx.doi.org/10.37118/ijdr.24868.07.2022.

TREVES, Renato. La doctrina del estado de Hermann Heller. *Revista Unam*, 1957. p. 341–364.

VALLORY, Lucas Torres. *A privatização dos presídios: a experiência americana e a sua introdução no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

WILLIAMSON, John. *The Progress of Policy Reform in Latin America*. In: Latin American Adjustment?. Washington, DC: Institute of International Economics, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas, a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

O QUE RESTA DO JUSNATURALISMO HOJE?: UMA ANÁLISE DO DIREITO NATURAL E DA CONCEPÇÃO DE NATUREZA HUMANA À LUZ DAS TEORIAS CRÍTICAS PÓS-POSITIVISTAS DO DIREITO

WHAT IS LEFT OF NATURAL LAW TODAY?: AN ANALYSIS OF NATURAL LAW AND THE CONCEPT OF HUMAN NATURE IN LIGHT OF POST-POSITIVIST CRITICAL LEGAL THEORIES

*João Vitor Balbino**

Resumo: Este trabalho visa analisar as teses e antíteses do jusnaturalismo, buscando identificar quais argumentos do direito natural ainda se sustentam na atualidade. A partir das teorias críticas pós-positivistas, a pesquisa procura responder à seguinte questão: o que resta do jusnaturalismo hoje? Para isso, adota-se uma metodologia bibliográfica baseada no materialismo histórico-dialético, examinando o movimento do pensamento através da materialidade histórica, diante da hipótese de evidente superação filosófica dessa corrente, no entanto, sem ruptura epistemológica, em face de interesses específicos. O estudo aborda as relações teológicas que influenciam os adeptos do jusnaturalismo e discute o papel da ideologia nas sociedades laicas. Finalmente, contrapõe as conclusões filosóficas das principais correntes da filosofia do direito, sustentando que, no cenário contemporâneo, apenas três caminhos se apresentam como possibilidades fundamentais.

Palavras-chave: Direito. Jusnaturalismo. Positivismo. Direito Natural. Neotomismo.

Abstract: This study aims to analyze the theses and antitheses of natural law theory, seeking to identify which arguments of natural law still hold in contemporary times. Drawing on post-positivist critical theories, the research seeks to answer the following question: what remains of natural law today? To this end, a bibliographic methodology based on historical-dialectical materialism is adopted, examining the movement of thought through historical materiality, in light of the hypothesis of the evident philosophical surpassing of this school of thought—yet without an epistemological rupture, due to specific interests. The study explores the theological relationships that influence natural law theorists and discusses the role of ideology in secular societies. Finally, it contrasts the philosophical conclusions of the main schools of legal philosophy, arguing that, in the contemporary landscape, only three paths emerge as fundamental possibilities.

Keywords: Law. Natural Law Theory. Positivism. Natural Law. Neo-Thomism.

1. INTRODUÇÃO

A abordagem jusnaturalista do direito, baseada na ideia de que os direitos e as normas têm uma razão intrínseca e inerente à natureza humana, é considerada uma perspectiva filosófica clássica na teoria ética, política e jurídica. No entanto, enquanto essa abordagem ainda é discutida e debatida em alguns círculos acadêmicos, pode-se dizer que ela é menos comum e considerada antiquada em muitos contextos contemporâneos ou, em outras palavras, já superada.

Visando uma convergência entre o direito e uma ordem moral superior, derivada de concepções religiosas, justiça natural ou princípios éticos, a teoria do direito natural postula a existência de princípios morais e valores universais como fundamentos do direito. Esta pesquisa investiga a atualidade do jusnaturalismo como teoria filosófica, utilizando metodologia bibliográfica para analisar a relação entre diferentes teorias da filosofia do direito ao longo da história. Adota-se o materialismo histórico-dialético para examinar as contradições como um processo dinâmico de conflito entre forças sociais, resultando em transformações materiais. A conclusão da pesquisa, alinhada à tese de Alysson Leandro Mascaro, sugere a existência de três caminhos lógicos para a filosofia do direito

* Formado em Direito pela Universidade Católica de Santa Catarina. Membro das linhas de pesquisa Teorias da Justiça e Direito e Literatura da Católica SC e Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica (USP). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6251217921794428. E-mail: joaovitorbalbinosig@gmail.com.

contemporâneo: juspositivismo, não juspositivismo e a teoria crítica marxista do direito.

Na filosofia moral e política moderna, várias correntes destacam as consequências materiais das ações humanas e a causalidade de pactos e ações sociais, priorizando o contexto histórico-cultural sobre fundamentos metafísicos. Assim, o jusnaturalismo enfrenta críticas na filosofia do direito contemporânea, especialmente do positivismo jurídico, que questiona a viabilidade e objetividade dos fundamentos morais do direito, argumentando que o direito é um produto social e histórico, moldado por contextos culturais e políticos, cuja legitimidade provém da aceitação e aplicação efetiva da coerção.

No entanto, críticas filosóficas a essa corrente podem ser vislumbradas no decorrer da história. Kant, por exemplo, opõe-se ao jusnaturalismo em diversos aspectos. Enquanto este último baseia seus princípios em supostos direitos naturais inerentes à condição humana, Kant sustenta que os princípios éticos devem aplicar-se universalmente a todos os seres racionais, fundamentando a moralidade na razão, não em uma natureza humana presumida. Assim, propõe os conhecidos imperativos categóricos, princípios a serem seguidos independentemente de consequências e desejos individuais, rejeitando a ética baseada em consequências em favor de uma ética deontológica centrada no dever. A crítica kantiana à metafísica, expressa em sua *Crítica da Razão Pura*, desencoraja o uso excessivo desta para fundamentar princípios éticos. Kant defende uma base ética sólida na razão prática, afastando-se de especulações metafísicas. Seu escopo restringe-se a estabelecer os limites do conhecimento humano e questionar a capacidade da razão humana de obter conhecimento metafísico sobre certas questões (Kant, 2000).

Por outro lado, a fenomenologia, corrente filosófica que busca compreender a essência das coisas pela descrição dos fenômenos, inaugura uma nova forma de pensar o mundo. Hegel, nesse contexto, associa o espírito à fenomenologia, considerando-a uma experiência da consciência consigo mesma. Hegel faz uma crítica mais específica à perspectiva do direito natural pensada com base no empirismo científico, que é apresentada na primeira parte de sua obra "Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural". Na qual Hegel argumenta que essa perspectiva não é capaz de dar uma unidade racional às ciências jurídicas, pois se baseia em dados empíricos e conceitos dualistas e formais que distanciam a filosofia da possibilidade de afirmar algo efetivo (Hegel, 1992).

A filosofia de Marx, ao contrário, inverte a dialética de Hegel, examinando a história por sua materialidade, enfatizando as condições econômicas e sociais como motor da história na luta de classes (Marx, 2017). O materialismo aleatório de Althusser, por sua vez, busca compreender os processos históricos sem recorrer à teleologia, enfatizando a contingência e o acaso. Incorporando a análise de Darwin, Althusser introduz a categoria de clinamen, destacando a aleatoriedade nos processos de seleção natural como fator habilitador de uma ação política (Althusser, 2015; Morfino, 2005).

Assim, considerando estes breves apontamentos, o presente trabalho propõe examinar o lugar do jusnaturalismo na filosofia do direito contemporâneo, destacando a necessidade de uma análise crítica dos argumentos e fundamentos das teorias, considerando abordagens teóricas diversas para uma compreensão abrangente e coerente do fenômeno jurídico e de sua superação.

2. A TEORIA JUSNATURALISTA DO DIREITO

A teoria jusnaturalista do direito concebe o direito como algo transcendente às leis positivas instituídas pelos seres humanos, ancorando-se em uma moralidade objetiva e universal, seja na natureza humana, nas leis divinas ou em princípios éticos fundamentais que delineiam uma justiça natural (Mascaro, 2017).

Platão concebe uma justiça ideal vinculada ao bem supremo, defendendo que o direito deve buscar a realização desses princípios universais e imutáveis (Platão, 2010). Seu discípulo, Aristóteles, influencia a teoria ao argumentar que a justiça, como virtude fundamental, deve fundamentar o

direito, guiando as relações entre indivíduos e sociedade (Aristóteles, 2012). Ambos desenvolveram a ideia de uma ordem moral superior como base do direito, transcendente e imutável. Nessa tradição, filósofos estoicos romanos como Sêneca e Epicteto contribuíram significativamente. Embora deva-se evitar a simplificação de que os estoicos foram, de fato, jusnaturalistas no sentido moderno, Sêneca advogou pela existência de uma lei natural transcendente às leis humanas, enfatizando a importância da virtude e da razão moral para alcançá-la. Epicteto via o universo regido por uma ordem natural refletindo um propósito divino, orientando a ação humana. Ambos influenciaram a concepção de um direito natural fundamentado em princípios universais e na busca pela sabedoria moral.

No contexto do medievo cristão, Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino, destacados filósofos e teólogos, contribuíram para a teoria jusnaturalista do direito, atualizando as perspectivas de Platão e Aristóteles aos interesses católicos. Agostinho, em *A Cidade de Deus* (Agostinho, 2002), fusionou o pensamento cristão com a filosofia grega, a partir da tradução latina ao desenvolver a concepção de uma lei eterna de Deus, base para a lei natural e o adequado funcionamento social. Nesse caminho, ignora-se toda pretensão revolucionária dos antigos filósofos, adequando-os aos interesses católicos. Bem como as observações sobre a família universal, supressão da propriedade privada e escravidão, observações que os levaram a prisão e ao exílio. Para Agostinho, a lei humana deveria conformar-se à lei divina. Tomás de Aquino, na *Suma Teológica* (Aquino, 2014), sintetizou a filosofia aristotélica e o pensamento cristão, defendendo uma teoria do direito natural que sustentava que a lei deve estar alinhada com a razão e a vontade divina, e que a lei positiva deve fundamentar-se na lei natural para ser justa e válida. Agostinho e Aquino reforçaram a ideia de que o direito deve ser alicerçado em princípios morais universais e imutáveis, transcendendo as leis positivas criadas pelos seres humanos.

No contexto histórico, a crítica realizada pelos filósofos da Antiguidade os leva à prisão e ao exílio. Em contrapartida, a adaptação feita pelos filósofos medievais os tornará santos e doutores da Igreja. O critério, à primeira vista, é o consentimento com a legalidade, que bem representa o conceito de justiça de Trasímaco, narrado na República de Platão, de justiça como a conveniência do mais forte (Rep., 338d9-339a4). No entanto, a doutrina do direito natural em Tomás de Aquino, distinta em suas características específicas, marca o ápice da teorização jusnaturalista, influenciando posteriormente o *Neotomismo*. Nesse sentido, serão desenvolvidas considerações adicionais.

1.1 A DOUTRINA DO DIREITO NATURAL EM TOMÁS DE AQUINO

Para Aquino, o direito natural é entendido como um conjunto de princípios racionais e objetivos intrínsecos à natureza humana e derivados da vontade divina. Em sua magnus opus, Tomás de Aquino desenvolve que a lei humana deve estar em conformidade com a lei natural para ser considerada justa.

Assim, a lei natural é uma participação da lei eterna de Deus no mundo humano, refletindo os princípios morais e éticos que governam a conduta humana (Aquino, 2014). A partir da Suma Teológica, Tomás insiste na racionalidade da lei natural, sustentando que:

> Como no homem a razão domina e impera sobre as outras potências, convém por isso que todas as inclinações naturais pertencentes às outras potências sejam ordenadas segundo a razão. Assim sendo, entre todos é chamado de reto o que segundo a razão sejam dirigidas todas as ações do homem (I-II, 94, 4 ad 3).

A reflexão sobre os princípios universais, se assemelha ao que conhecemos como "teoria das Formas", desenvolvida inicialmente por Platão e transmitida sucessivamente aos autores anteriormente citados. Trata-se, em síntese, da crença de que determinado conjunto de objetos tangíveis compartilham de uma mesma qualidade, configurando-se a partir uma Forma Inteligível da qual esses objetos recebem suas características. De maneira mais simplificada, o mundo sensível em que vivemos seria apenas uma cópia imperfeita e transitória do mundo das ideias, que é o verdadeiro mundo real e perfeito. O mundo das ideias é composto por formas ou essências imutáveis e

eternas, que seriam a verdadeira realidade, da qual a nossa, imperfeita, é fundada (Platão, 2019).

Segundo esse raciocínio, as formas são entidades eternas, imutáveis e universais, que representam a verdadeira realidade por trás das aparências. O mundo sensível, por sua vez, é uma mera cópia imperfeita e transitória das formas. Logo, a teoria das formas de Platão afirma que as formas são universais e eternas, servindo como referências para a realidade imperfeita e mutável do mundo sensível. Diante disso, Aquino posiciona diversas características do direito natural, destaca sua universalidade e imutabilidade, baseado em princípios morais permanentes que não se alteram ao longo do tempo. A esse respeito, afirma o seguinte:

> Este direito também é uno porque, distribuindo-se em todos os homens, cada homem o concebe identicamente. Por isso é universal, deve ser conhecido e praticado por todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares: semper et ubique. É evidente que, sendo uma só a espécie humana que se multiplica nos indivíduos humanos, o bem visado por essa espécie é o mesmo para todos aqueles indivíduos, isto é, operar segundo as exigências da natureza (II-II, 5, 4 ad 3).

Além disso, Tomás de Aquino enfatiza que o direito natural é conhecido pela razão humana, através do exercício da capacidade de discernir o bem e o mal. "O intelecto divino é a medida das coisas, porque cada coisa é verdadeira enquanto imita o intelecto divino. Ora, o intelecto divino é em si mesmo verdadeiro, e a sua razão é a própria verdade" (Cf. I-II 93, 1). Nesse sentido, tal raciocínio, fundamenta-se na concepção dos indivíduos, como imagem e semelhança de Deus de Gênesis (1:26–27).

Outro aspecto importante da doutrina do direito natural em Santo Tomás de Aquino é a relação entre a lei natural e a lei positiva. Aquino argumenta que a lei positiva, criada pelos indivíduos, deve ser fundamentada na lei natural para ser considerada legítima e justa. Caso contrário, a lei positiva não terá autoridade moral e poderá ser contestada ou até mesmo desobedecida. “Se alguma coisa por si mesma se opõe ao direito natural, a vontade humana não a pode tornar justa, como, por exemplo, se for determinado ser lícito furtar ou cometer adultério" (Cf. II-II 57, 2 ad 3). Assim, a doutrina do direito natural em Santo Tomás de Aquino ressalta a importância da harmonia entre a lei humana e a lei natural, por conseguinte, entre deus e o homem, enfatizando que a lei positiva deve ser orientada pelos princípios morais universais que regem a conduta humana.

A doutrina tomista exerceu uma influência significativa desde a Idade Média até os dias atuais, desempenhando um papel central nas universidades e escolas de teologia, especialmente a partir do século XIII. As obras de Tomás de Aquino, como a *Suma Teológica* e a *Suma contra os Gentios*, foram fundamentais na filosofia e teologia cristã. Contudo, com a ascensão da filosofia moderna e as críticas do Iluminismo, que valorizaram a razão e o desenvolvimento de sistemas filosóficos independentes, a influência direta do tomismo diminuiu.

A separação entre igreja e estado, marcada historicamente pela Revolução Francesa, permitiu críticas mais contundentes à Igreja Católica, contexto no qual as universidades são estatizadas, o horizonte crítico é relativamente permitido e ampliado, como por exemplo, a própria arqueologia que posteriormente relativizará a confiabilidade e passará a interferir na interpretação dos textos bíblicos. Em suma, ao longo dos séculos, o pensamento filosófico ocidental passou por mudanças, levando à decadência do tomismo. Em resposta, surgiram movimentos de revitalização, como o neo-tomismo, que busca atualizar e adaptar os princípios de Aquino para enfrentar os desafios filosóficos e teológicos da modernidade.

1.2 A DOUTRINA NEO-TOMISTA

O Neo-Tomismo é uma corrente filosófica e teológica que busca retomar e reinterpretar os ensinamentos de Tomás de Aquino, como uma reação à filosofia moderna, especialmente ao pensamento de Descartes e Kant, entre outros filósofos que enfatizaram o racionalismo e o subje-

tivismo. Essa corrente filosófica busca resgatar a filosofia tomista, como filosofia angelical[1] e, portanto, insuperável, e aplicá-la aos novos desafios das questões contemporâneas.

Nesse sentido, o neo-tomismo propõe uma síntese entre a filosofia aristotélica, notavelmente elaborada por Aquino, e os preceitos filosóficos da era moderna. Defendendo a capacidade intrínseca da razão humana para apreender a verdade, abordando temas como a existência de Deus, a moralidade e a natureza humana, essa corrente enfatiza a importância da filosofia natural, do conhecimento empírico e da harmonização entre fé e razão. Além disso, busca aplicar os princípios tomistas à compreensão da revelação divina e da teologia católica, almejando uma abordagem sistemática e coerente que una os dogmas da fé à razão filosófica. É importante notar que o neo-tomismo não é uma corrente uniforme, apresentando variações na interpretação e aplicação dos ensinamentos de Tomás de Aquino. A tradição neo-tomista é notável por suas figuras proeminentes, entre as quais se destacam Jacques Maritain, influente filósofo francês do século XX, cujas obras abrangem questões filosóficas, políticas e éticas, aplicando os princípios tomistas à contemporaneidade; Étienne Gilson, filósofo francês com notáveis contribuições para a filosofia medieval e tomista, explorando a relação entre fé e razão e a relevância da metafísica tomista; Edith Stein, filósofa alemã e carmelita descalça, também conhecida como Santa Teresa Benedita da Cruz, aplicou os ensinamentos de Tomás de Aquino em suas reflexões sobre natureza humana, fenomenologia e teologia; Cornelio Fabro, filósofo italiano, defendeu uma abordagem metafísica e ontológica do tomismo, explorando temas relacionados à existência, essência e ser na filosofia contemporânea; e Reginald Garrigou-Lagrange, teólogo dominicano francês, notório por sua defesa do tomismo na teologia católica, abordando temas como graça, providência divina e o papel da filosofia no estudo teológico.

Nesse caminho, o declínio da centralidade eclesiástica e o fim da inquisição propiciaram uma era de maior liberdade e possibilidade crítica. Atualmente, a filosofia tomista e neo-tomista enfrentam desafios relacionados à sua rigidez e à insuficiente abordagem crítica no contexto jurídico. A tendência de adotar uma visão essencialista e universalista compromete sua capacidade de compreender a complexidade e diversidade da realidade material, filosófica e jurídica, desconsiderando fatores históricos, políticos e sociais que moldam o direito. Uma crítica adicional recai sobre a falta de coesão e diálogo interdisciplinar na abordagem tomista e neo-tomista. Ao adotar uma perspectiva isolada, essas correntes negligenciam as contribuições de outras teorias relevantes para o estudo do direito. Além disso, a filosofia tomista e a neo-tomista adotam uma abordagem autoritária. Suas premissas são consideradas verdades inquestionáveis, pois descidas do céu, deixando pouco espaço para a crítica e a reflexão crítica. Essa rigidez dogmática não permite uma análise aprofundada das questões jurídicas, nem a incorporação de novas ideias e perspectivas. Diante disso, os adeptos da teoria do direito natural costumam fundamentar suas retóricas atravessados por justificativas religiosas e, assim como Deus — do púlpito de sua imagem e semelhança - julgam o mundo. Sem considerar, em sentido mais literal, que: "É a própria luz do conhecimento intelectivo que o faz evidente. Os conceitos, as ideias que a evidenciam surgem da ação intelectiva humana" (II-II 57, 3c).

Nesse mesmo caminho, o Direito Natural de José Luiz Delgado, expoente na tradição jusnaturalista do direito, se insere em uma elaboração de cunho racionalista e tomista, buscando estabelecer uma base filosófica para o direito a partir da natureza humana e da razão. Em sua obra, Delgado defende que o direito se funda no ser do homem e que a razão é o elemento central na constituição do direito. Para ele, o Direito Natural não é uma realidade metafísica abstrata, mas um conjunto de normas racionais extraídas da própria natureza humana e da necessidade de organização social (Delgado, 2018).

Delgado critica tanto o positivismo jurídico, especialmente a concepção kelseniana, quanto certas correntes do jusnaturalismo tradicional, buscando reformular a teoria do Direito Natural para integrá-la à realidade do Direito Positivo. Argumenta que este deve estar conformado às exigências da razão

1 Tomás de Aquino, foi um frade católico da Ordem dos Pregadores conhecido na tradição Escolástica como *Doctor Angelicus*.

e da justiça e que a autoridade estatal não pode criar normas arbitrárias sem referência a princípios naturais. No entanto, ressalva: "O Direito é, em primeiro lugar, Direito Positivo. É essencialmente Direito Positivo. O verdadeiro Direito é o Direito Positivo" (Delgado, 2018, p. 17). Além disso, Delgado considera o juiz o primeiro agente da ordem jurídica, pois é ele quem, nos momentos iniciais da organização social, resolve conflitos concretos antes mesmo da existência de um legislador formal. Sua teoria, que à primeira vista poderia ser associada à ficção do Contrato Social, como nos modelos de Hobbes, Rousseau e Locke, pois parte do pressuposto de que o Direito se funda no ser do homem, que, por sua vez, se fundamenta em sua dignidade, baseada em sua absoluta superioridade no universo, a qual, por sua vez, tem como base a razão, que para o autor é o motor da história (Delgado, 2018).

Contudo, sua abordagem recai sobre tautologias já exploradas e conceitos abstratos, que seriam mais bem situadas em uma análise sócio-cultural e antropológica, capaz de oferecer elaborações mais concretas sobre a natureza humana e justificativas mais sólidas para a manutenção da ordem por meio do aparato jurídico.

Em última análise, a influência cristã do direito natural pode ser significativa para aqueles alinhados com essa perspectiva, mas sua aplicabilidade é limitada em uma sociedade pluralista e secular. Além de favorecer certos indivíduos como representantes da "razão natural", o direito natural revela-se inadequado para lidar com a diversidade de crenças e valores na sociedade, evitando privilegiar uma visão religiosa específica. Nesse contexto, o filósofo analítico Alvin Plantinga, especializado em lógica, justificação da filosofia cristã e epistemologia, concebe a crença em Deus como "apropriadamente básica", fundamentada em experiências identificáveis, dispensando evidências ou demonstrações racionais. Ele argumenta que essa crença, similar a outras consideradas apropriadamente básicas, como a existência de objetos físicos ou a confiança na memória, não necessita de fundamentação em evidências racionais. (Plantinga, 1999) desafia a objeção evidencialista ao teísmo, defendendo que a crença em Deus é plausível e racional mesmo sem respaldo em evidências racionais.

A distinção entre fé e razão é um debate antigo presente nas esferas teológicas e filosóficas que se mantém atual, tema da encíclica *Fides et Ratio* do Papa João Paulo II de 1998. No entanto, o que une as assertivas teológicas é a fé, não a razão, que se mostra inadequada para sustentá-la. Ockham argumenta que a razão é ineficaz diante de questões divinas, sendo apenas um instrumento limitado para compreender o mistério da revelação divina. Segundo ele, a existência e unicidade de Deus são questões de fé, não de raciocínio lógico. Pressupor uma causa "eficiente" e "perfeita" não é o mesmo que provar a existência de um ser superior como Deus; é simplesmente estabelecer um ponto de referência para fundamentar o raciocínio (Ockham, 1985). Nesse caminho o debate entre jusnaturalistas e não jusnaturalistas se estenderia ao infinito como duas linhas que se tangenciam mas não se encontram, justamente por se desenvolverem em universos alheios sem um compromisso com o movimento dialético do pensamento. Em contrapartida, contra esse abismo retórico, Ockham propõe o princípio da parcimônia, por razões próximas a de Kant, ao propor a Crítica à Razão Pura, e de Kelsen, ao propor a Teoria do Direito. A esse respeito, considerando o âmbito jurídico, será tratado adiante.

2. A NAVALHA DE OCKHAM E A TEORIA PURA DO DIREITO

A navalha de Ockham, também conhecida como princípio da parcimônia ou princípio da simplicidade, é um conceito desenvolvido pelo filósofo e teólogo franciscano William de Ockham. A teoria estabelece que, diante de um fenômeno, a explicação mais simples, com menos premissas ou pressupostos, é geralmente a mais plausível.

A conclusão de Ockham parte da Física de Aristóteles, exercendo uma função fundamentalmente lógico-metodológica, diante da premissa de que a pluralidade nunca deve ser

postulada sem necessidade (Ockham, 1985). Afirma Aristóteles: "[...] é possível explicar os entes por princípios limitados, e é melhor explicá-los por princípios limitados do que por ilimitados — como Empédocles: de fato, ele julga ter explicado [sc. por princípios limitados] tudo quanto Anaxágoras explicou por ilimitados" (Aristóteles, 2009, p. 33).

Ou seja, a navalha de Ockham simboliza um corte epistemológico e metodológico. Com o intuito de evitar meditações tautológicas e vazias, objetivando um maior rigor crítico para análises, volta sua atenção à materialidade, prezando pela objetividade metodológica. O "corte epistemológico", de modo simples, é uma transformação essencial ou ruptura no desenvolvimento de um campo específico do conhecimento. Thomas Kuhn introduziu esse conceito em *A Estrutura das Revoluções Científicas*, referindo-se a uma mudança na produção, validação e compreensão do conhecimento dentro de um paradigma científico.

Esse fenômeno marca um momento em que as ideias e práticas científicas estabelecidas são questionadas e substituídas por uma nova estrutura conceitual, impactando significativamente nossa compreensão do mundo. O corte epistemológico pode ser resultado de vários fatores, como novas descobertas, mudanças teóricas, crises ou contradições no paradigma existente. Essa mudança implica uma reconfiguração dos pressupostos fundamentais que guiam a pesquisa científica em uma área específica, levando ao desenvolvimento de novas teorias, conceitos e métodos para enfrentar os desafios emergentes (Kuhn, 2020).

No contexto das revoluções científicas, o corte epistemológico representa uma transformação radical, não necessariamente implicando na rejeição total do conhecimento anterior, mas sim na sua recontextualização e reavaliação à luz das novas perspectivas. É um processo dinâmico no qual o conhecimento científico evolui para atender às demandas em constante transformação do mundo. Essa problemática é crucial para entender os desafios enfrentados pelas ciências contemporâneas. A incapacidade de compreensão do corte epistemológico pode resultar no seu não reconhecimento e na rejeição das transformações subsequentes, dificultando o diálogo entre teorias.

No âmbito da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, observa-se um corte epistemológico em relação às concepções tradicionais do direito. Kelsen propôs uma abordagem formal e positivista, separando o direito de considerações axiológicas, argumentando que a validade do direito é estabelecida exclusivamente por normas jurídicas e sua hierarquia normativa (Kelsen, 2001). Essa abordagem representou uma ruptura com perspectivas anteriores que frequentemente incorporam elementos subjetivos, históricos, teológicos e teleológicos na compreensão e justificação do direito.

Tais elementos são problemáticos aos sistemas jurídicos, pois se tornam valores determinantes sem uma razão lógica a si inerentes. Nesse sentido, a mitologia (mŷthos, relato, narração ou fábula) e a religião (religare, religar, voltar a ligar), por meio da retórica animista, recorrem a artifícios da imaginação para tratar do concreto. Isso é problemático pois, fora de uma argumentação lógica baseada na materialidade, e a partir de uma retórica metafísica, animista, caberá qualquer artifício para justificar ou determinar a respeito de algo. Significa, portanto, um ambiente em que tudo é permitido, mas que, em termos de fundamentação lógica, nada convém. Nesse sentido, Kelsen bem exemplifica:

> É um elemento característico da interpretação primitiva da natureza que chamamos animismo imaginar uma alma, um espírito ou uma divindade dentro ou por trás dos fenômenos para explicar sua existência ou função e, assim, substituir uma explicação real por uma duplicação do mundo [...]. Como por exemplo: Por que uma árvore cresce e um rio corre? Porque há uma dríade invisível na árvore visível, uma ninfa no rio, respondiam os gregos primitivos, que criaram o deus Hélio por trás do sol e a deusa Selene por trás da lua, assim personificando essas coisas (Kelsen, 2001, p. 285).

Ao contrário dos jusnaturalistas, Kelsen argumenta, com base em ampla pesquisa sobre a justiça, que ela não é uma característica intrínseca do direito ou da natureza humana. Pelo contrário, trata-se de uma valoração pessoal e subjetiva que cada indivíduo atribui às normas

jurídicas conforme seus próprios critérios e valores, que decorrem da consciência moldada por suas experiências em determinadas condições. Kelsen afirma que a justiça, portanto, é um conceito vago e indeterminado que pode variar de acordo com as diferentes visões e perspectivas dos indivíduos. À vista disso Kelsen expõe o seguinte:

> A justiça é uma qualidade ou atributo moral que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral (Kelsen, 2011, p. 3).

Tal conclusão descende de um amplo estudo acerca do tema, que podem ser verificados nas publicações como *O problema da Justiça* (2011), *O que é justiça?* (2001), *A ilusão da Justiça* (1998) esse último, especialmente dedicado à teoria platônica. Finalmente, a obra recentemente traduzida para o português: *Sociedade e natureza: uma investigação sociológica* (2022), na qual Kelsen realiza uma análise antropológica monumental da sociedade, a partir das ideias de natureza humana. Analisa, portanto, a formação da crença na alma e experiência do eu, a consciência coletiva e sua tendência à substancialização e, consequentemente, os fenômenos do autocratismo, conservadorismo e tradicionalismo. A partir disso, se volta ao princípio da retribuição e vingança e da vingança "direcionada" e "não direcionada", a filosofia e religião Grega e avança para o período moderno da ciência natural, com a crítica de Hume ao conceito de causalidade e a ideia da necessidade objetiva da conexão causal. Período em que a causalidade se impõe como norma lógica (Kelsen, 2022).

A partir disso, altera-se o critério para avaliar o real. Nesse sentido, afirma Jean-Paul Sartre: "Não é por acaso que os pensadores contemporâneos preferem falar da condição do homem a falar de sua natureza. Por condição eles entendem, com maior ou menor clareza, o conjunto de limites *a priori* que traçam sua situação fundamental no universo" (2012, p. 35).

Isso resultou diretamente e, abruptamente, em uma maior lucidez a respeito da realidade, com a qual foi possível encarar a historicidade humana a partir de uma perspectiva consciente das causas que a engendram e, não mais das fábulas que a explicam. Nesse sentido, podemos verificar na história, inclusive, um plexo de contradições eclesiásticas ao legislar sobre questões de justiça. Sem incorrer em anacronismos, um exemplo é *Dum diversas*, uma bula papal emitida a 18 de junho de 1452 pelo Papa Nicolau V que autorizava Portugal a comercialização de escravizados e condenava a escravidão perpétua de individuos africanos, definido como "um documento notável, mas frequentemente descurado pelos estudiosos" (Marcocci, 2012, p. 28). Consta no documento o seguinte:

> Nós vos concedemos pleno e livre poder, por meio da autoridade apostólica por este edito, para invadir, conquistar, combater, subjugar os sarracenos e pagãos, outros infiéis e outros inimigos de Cristo, e onde quer que estejam estabelecidos seus Reinos, Ducados, Palácios Reais, Principados e outros domínios, terras, lugares, propriedades, acampamentos e quaisquer outras possessões, bens móveis e imóveis encontrados em todos esses lugares e mantidos em qualquer nome e possuídos pelos mesmos sarracenos, pagãos, infiéis e inimigos de Cristo, reinos, ducados, palácios reais, principados e outros domínios, terras, lugares, propriedades, acampamentos, possessões do rei ou príncipe ou dos reis ou príncipes, e conduzir esses povos em escravidão perpétua e aplicar e apropriar domínios, ducados, palácios reais, principados e outros domínios, bens e bens deste tipo para você e seu uso e seus sucessores os Reis de Portugal. (Suess, 1992, p. 225–230).

Portanto, é possível verificar que os ideais de justiça, bem como os textos bíblicos, considerados sagrados, são manipulados, e interpretados arbitrariamente ao decorrer da história para atender interesses específicos.

A autorização da escravidão, nesse contexto, poderia parecer contraditória, quando considerado o cenário do Antigo Testamento da libertação do povo Hebreu. No entanto, é lícita no Antigo e no Novo Testamento. Êxodo (21:2), determina lícita a escravização inclusive de israelita, além

da comercialização de filhos, Efésios (6:5–9) determina sagrada a responsabilidade do escravizado a seu dono. Em Levítico (25:6) a escravidão é tida como ordenada por Javé, ou ao menos por Moisés, transmitida no Monte Sinai. Além disso, considerando os aspectos próprios do antigo testamento, há contradições relativas a determinações a respeito da poligamia (Gênesis, 4:19), divórcio (Deuteronomio 24:1 ss) e vingança de sangue (Deuteronomio 19:1 ss.) que estão em direta contradição com o sentimento de justiça do cristianismo moderno. Além disso, a compreensão da tradição é moldada a partir de contextos, o que pode ser bem visualizada no contexto pós-exílio do antigo testamento, momento em que o oprimido conquista, paulatinamente, o lugar de opressor. Nesse contexto, as traduções e interpretações, desde a septuaginta para a vulgata, e posteriormente para o alemão e inglês sofreram alterações significativas, de forma que o texto em hebraico pouco pode se expressar de forma alheia a uma contextualização com base em estudos mais aprofundados. O que caracteriza, até os dias atuais, semelhante manipulação da tradução e interpretação dos textos bíblicos a partir de interesses específicos (Dietrich e Silva, 2020). Nesse contexto, o texto supostamente sagrado torna-se uma ferramenta muito eficaz na manipulação ideológica e política de um contingente sem acesso a contextualização bíblica.

Assim, um dos elementos mais importantes da religião cristã é a ideia de que a justiça é uma qualidade essencial de Deus, absoluta, isto é, eterna e imutável. Esse aspecto é fundamental, pois, como observa Kelsen: "Atribuir justiça à divindade implica certa tendência de racionalizar algo que por sua própria natureza é irracional — o ser transcendental, a autoridade religiosa e suas qualidades absolutas" (Kelsen, 2001, p. 25).

O autor desenvolve, propondo que, do ponto de vista da cognição racional, a justiça absoluta de Deus tem de estar necessariamente em conflito com outra qualidade absoluta, tão elementar quanto a primeira, sua onipotência. No entanto, como dispõe o autor, não é, porém, um argumento válido contra a crença religiosa, pois os fatos da fé estão além da cognição racional, e a natureza de Deus, inacessível ao conhecimento (Kelsen, 2001), como determinou (Plantinga, 1999).

De modo semelhante, Feuerbach demonstra em *Essência do Cristianismo* que a religião produz uma espécie de "arqueologia reversa", definindo a realidade a partir da metafísica, e o homem como "imagem e semelhança de deus" enquanto a realidade enfatiza o contrário (Feuerbach, 2013).

Além disso, as mais recentes descobertas arqueológicas demonstram que as origens e o próprio conteúdo dos textos bíblicos não comportam reverência no que tange a veracidade de seus registros. Nakanose (2022), Finkelstein e Silberman (2018) exploram as origens e a formação dos textos bíblicos, apontando que eles foram compilados ao longo de séculos e passaram por revisões e reinterpretações a fim de atender interesses específicos ao longo do tempo. Os autores argumentam que a Bíblia não é um registro histórico imparcial, mas um conjunto de textos que refletem as crenças e ideologias das comunidades que os produziram, conforme seus interesses e objetivos que podem ser verificados por meio dos estudos arqueológicos. A esse respeito, é possível verificar a utilização dessa retórica animista em diversos períodos na historicidade humana, inclusive na contemporaneidade. No entanto, sobre a contradição em questão, da bula papal *Dum diversas*, Giuseppe Marcocci afirma o seguinte:

> A fórmula usada no diploma de Nicolau V demonstrava inequivocamente o ocaso do adágio do direito romano: "o escravo não tem pessoa" (*servus non habet personam*). Aqueles gentios tinham uma alma, eram pessoas. Mas uma vez caídos na mão cristã as possibilidades de redenção terrena eram quase nulas. A sua plena condição humana era posta em dúvida no exacto momento em que era afirmada, dado que mesmo a esperança de uma futura conversão sancionava a condenação, de facto, a um estado intermédio entre pessoas (*personae*) e coisas (*res*), destinadas ao uso e ao comércio. Começava então a ganhar forma uma justificação teológica do domínio sobre povos que não tinham notícia de Cristo, que teria tido como principal palco de aplicação a América espanhola, quando o senhorio de Carlos V foi despojado de qualquer compromisso com as tradições pretensamente universais do papado e do Sacro Império Romano (Marcocci, 2012, p. 53).

Diante dessas contradições, as quais os jusnaturalistas cerram os olhos - por ignorância ou conveniência — Kelsen desenvolve sua teoria, como afirma o autor: "A Teoria Pura do Direito considera uma de suas principais tarefas libertar a ciência do direito das relíquias do animismo [...]" (Kelsen, 2001, p. 285). Em contrapartida, defende uma estruturação do direito a partir de determinações do poder legislativo, uma vez que a filosofia moral não consegue definir seu conteúdo (Kelsen, 2001).

Nesse contexto, as condições sugerem que o jusnaturalismo não tem o que oferecer ao direito senão a defesa da ordem através da manipulação ideológica das massas, conforme discutido por Althusser (2022), a esse respeito, sobre o lugar do jusnaturalismo na contemporaneidade, será tratado a seguir.

3. O INSUSTENTÁVEL LUGAR DO JUSNATURALISMO NA CONTEMPORANEIDADE

Como observado, a teoria do direito natural tem seu lugar na história. Suas influências são diretas na formação do direito e assim reverberaram ao longo dos tempos. Pode ser verificada, por exemplo, na fundação do direito internacional moderno, a partir da filosofia jusnaturalista de Hugo Grotius, especialmente conhecido por sua obra *O Direito da Guerra e da Paz*, publicada em 1625, no qual propõe uma abordagem baseada na razão natural para o direito internacional, argumentando que existem princípios universais que regem as relações entre os Estados, independentemente de considerações religiosas ou políticas, e que, portanto, as nações deveriam aderir a leis comuns e respeitar a soberania e a liberdade umas das outras (Grotius, 2004).

Em contrapartida, sua concepção de direito natural é vaga, baseada na simples lógica de adaptação para sobrevivência, aberta a interpretações divergentes, o que pode levar a disputas e conflitos fundamentados, inclusive, nos mesmos argumentos da "razão natural". Nesse sentido, é elementar verificar o que restou da teoria do direito natural, em suas contradições. Primeiramente, é importante distinguir entre os adeptos da teoria tomista e suas motivações individuais. Isso porque "a atividade intelectual dos grandes moralistas está enraizada na sua vida pessoal num grau muito maior do que nos outros pensadores, porque toda especulação sobre o bem e o mal origina-se de uma experiência moral profunda" (Kelsen, 2001, p. 85).

Enquanto alguns mantêm uma abordagem tradicionalista baseada na fé, outros tentam integrar o jusnaturalismo aos avanços científicos contemporâneos. Nesse segundo contexto, a teoria jusnaturalista enfrenta críticas por sua fundamentação metafísica, falta de rigor analítico e empírico e dificuldade de adaptação, além da dependência de uma suposta ordem natural ou divina para estabelecer princípios morais e normas

As conclusões das ciências modernas sobre o desenvolvimento cognitivo e formação da consciência humana também devem ser consideradas, revelando-se a origem terrena da "razão humana". Outra crítica importante é a tendência da teoria jusnaturalista de ser usada como aparelho ideológico para justificar ideologias e interesses particulares, ocultando realidades sociais, políticas e econômicas, como desenvolve Althusser em *Aparelhos ideológicos de Estado*. Essa suposta objetividade moral pode resultar na justificação de hierarquias sociais injustas e exclusões sistemáticas, uma vez que confere validade aos argumentos não pela materialidade do real, mas pela metafísica e pelo domínio do discurso de autoridade. (Althusser, 2022). Assim, o jusnaturalismo exerce a função de aparelho ideológico legitimador de determinadas decisões políticas. Dessa forma, é possível verificar que trata-se da mesma finalidade e função contida nos textos platônicos. A esse respeito, Kelsen expõe o seguinte:

> Não são os costumes vigentes que Platão ultrapassa ao declarar necessária a proibição generalizada de santuários privados, desejando até mesmo submeter tal proibição à sanção da pena de morte. Ele tem em tão alta conta o significado político da religião, que a transforma em assunto exclusivo do Estado, sugerindo uma espécie de monopólio estatal da produção de ideologia religiosa. É particularmente

> notável em que grande medida percebe a função ideológica das concepções religiosas -e, ainda assim, as utiliza. Abordando a questão do tratamento legislativo a ser dispensado à pederastia, ele menciona o mito do rapto de Ganimedes, do qual declara 'inventores' os cretenses. Como acreditassem firmemente que suas leis advinham de Zeus, compuseram também conforme supomos — essas histórias tão capciosas para Zeus, evidentemente com o intuito inclusive de, na fruição desse prazer, poderem apoiar-se em seu deus. (Kelsen, 1998, p. 253).

No entanto, continua Kelsen: "Platão destroi a ideologia religiosa apenas num ponto, para empregá-la inescrupulosamente em outro, no qual se mostre conveniente a seus propósitos" (1998, p. 253). Não para justificar a pederastia, mas para combatê-la — e a outros desvios sexuais tais como o incesto, por exemplo - que ele, conscientemente, emprega a religião como um instrumento ideológico. Ademais, a teoria jusnaturalista tem mostrado uma resistência em relação ao progresso científico e à evolução dos conhecimentos, costumeiramente ignorando os avanços nas ciências humanas, e aceitando-os apenas quando convenientes a suas próprias teses, como na sociologia, na psicologia e na antropologia, que oferecem uma compreensão mais complexa da natureza humana e das relações sociais.

Ao desconsiderar essas disciplinas, a teoria jusnaturalista se fecha para abordagens mais plurais, críticas e materialmente contextualizadas do direito e da justiça, criando um mundo para si mesma, no qual sua validade e legitimação são possíveis. Não obstante, tudo aquilo que não reverbera seus conceitos é considerado profano, diabólico, no sentido de uma depravação do "verdadeiro", e assim, ignorado, recriminado e não acessado.

Nesse sentido, a teoria jusnaturalista enfrenta críticas por sua resistência ao progresso científico e à evolução dos conhecimentos, e é considerada historicamente obsoleta na compreensão contemporânea do direito, reconhecendo seu papel histórico, mas destacando suas limitações e insuficiências ao longo do tempo. Diante disso, a tese de Alysson Mascaro sugere três caminhos distintos para a filosofia do direito na contemporaneidade, destacando a necessidade de uma abordagem científica que compreenda o fenômeno jurídico de maneira aprofundada e contextualizada, ou seja, amparada na materialidade histórica.

4. OS TRÊS CAMINHOS DA FILOSOFIA DO DIREITO

Preliminarmente, vale situar que o contexto de transição do pensamento jusnaturalista para o juspositivista não ocorreu de forma abrupta, mas, ao contrário, ainda persiste uma influência de valores e concepções sociais na interpretação e aplicação das leis. Essa abordagem, que combina elementos do positivismo jurídico com considerações sociais, é chamada de juspositivismo eclético. Desde o século XIX até os dias atuais, a afirmação do direito positivo estatal passa por referências extranormativas. A visão denominada juspositivismo eclético, combina o campo normativo estatal com valorações sociais, superando a esterilidade de uma abordagem meramente analítica normativa. Essa perspectiva, afirma o filósofo do direito Alysson Mascaro, foi marcada pelo ecletismo jurídico, que pode ser exemplificada pelo culturalismo jurídico com Miguel Reale como principal representante, e caracteriza um modo de pensar que perdurou até meados do século XX (Mascaro, 2016).

Nessa direção, nota-se uma confluência e contradição entre correntes filosóficas do direito que disputam a centralidade do discurso filosófico do direito. Da síntese dialética dessa equação de argumentos, ou ainda, da seleção natural do pensamento, algumas filosofias sobrevivem, destacam-se e permanecem.

Diante disso, Alysson Mascaro apresenta três caminhos para a filosofia do direito na contemporaneidade, são elas: a filosofia do direito juspositivista, a filosofia do direito não juspositivista e a filosofia crítica do direito. À vista disso, as correntes contemporâneas da filosofia do direito parecem se limitar a

três abordagens diferentes, cada uma delas representando uma visão distinta sobre a extensão do fenômeno jurídico. Ou seja, trata-se de caminhos possíveis, passíveis de discussão na contemporaneidade.

Do ponto de vista das abordagens para compreender o fenômeno jurídico, destacam-se três perspectivas: o juspositivismo, que adota uma visão reducionista, considerando o direito como uma esfera autônoma limitada por normas estatais; as filosofias do direito não juspositivistas, que vinculam o direito ao poder, transferindo muitas vezes a autonomia do campo normativo para o campo político; e o marxismo, que rompe completamente com as visões reducionistas, ao analisar o direito a partir das estruturas do todo histórico-social, libertando-o do confinamento normativista ou político estatal (Mascaro, 2016).

O primeiro caminho é o juspositivismo que, como observado, busca restringir o direito apenas aos limites das normas estabelecidas pelo Estado. Nessa perspectiva, o direito se limita ao âmbito normativo estatal. O juspositivismo é considerado a abordagem mais restritiva e reducionista. No segundo caminho, que não adere ao juspositivismo, há uma compreensão mais abrangente do direito. Nessa perspectiva, o direito vai além das normas jurídicas estatais. Reconhece-se a existência de relações de poder subjacentes às normas, que são concretas, históricas e sociais. Isso envolve desde as grandes decisões da vontade estatal até as complexidades das relações de poder no nível micro. As filosofias do direito que não adotam o juspositivismo buscam escapar do reducionismo formalista, considerando os aspectos de poder, sociais e históricos do direito.

Na primeira possibilidade, juspositivista, destaca-se autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart, Norberto Bobbio, entre outros. Em síntese, trabalham segundo a lógica da teoria pura do direito, que visa proporcionar cientificidade ao estudo, livrando-o das cargas axiológicas e da materialidade da vida. Em contrapartida, a segunda possibilidade teria como seus principais representantes, Martin Heidegger, Karl Schmitt e Michel Foucault, diante de um raciocínio mais especificamente fundado na filosofia Heideggeriana, que pressupõe um retorno ao pensamento aristotélico a fim de observar conceitos basilares ao existencialismo, como o da justiça, levando em conta o "ser-no--mundo" ou "ser-aí". Portanto, nega a interpretação reducionista do direito juspositivista.

Por outro lado, Schmitt, cujo pensamento poderia ser sintetizado pelo conceito de justiça de Trasímaco, na República de Platão, conforme já observado, de justiça como a vontade do mais forte, considerando que a verdade do direito é colocada pelo Estado, não pela técnica legislativa, pelo arcabouço jurídico determinado, sistematizado, mas sim pelo poder de decidir, se revelando pelo poder da decisão. Finalmente, em Foucault, com sua crítica do juspositivismo como a manifestação e a manutenção da dominação do poder sobre todas as formas, desde sua forma micro, até sua forma macro (Mascaro, 2016).

O terceiro e último caminho, atrelado ao pensamento crítico marxista, não se limita a compreender a estrutura que legitima o direito, mas o analisa em sua manifestação concreta. Segundo Mascaro, Marx supera a dogmática jurídica normativa para adentrar a historicidade por meio do materialismo histórico. Nesse sentido, o marxismo procura entender e explicar as relações existentes entre o Estado e o direito, e como ocorre a reprodução econômica e social dentro da sociedade capitalista organizada por classes em sua organicidade.

A teoria crítica do direito, descendente direta da crítica marxista com autores como Pachukanis e Stutchka, entre outros, avança sobre a premissa de que o positivismo jurídico não é suficiente para atender o justo. De forma que foge da materialidade dos fatos e da historicidade das leis. Ou seja, para manter o status quo sob o argumento da segurança jurídica, rejeita a discussão das causas estruturantes sob as quais o direito se constitui. Para Pachukanis, a teoria geral do direito que rejeita a explanação da realidade social, concentra-se apenas nas normas e evita questões sobre sua origem ou conexões com interesses materiais, assemelha-se mais a uma teoria no sentido de jogos como o xadrez do que a uma ciência. Segundo Pachukanis, essa abordagem não se envolve na análise do direito como uma forma histórica, pois não tem a intenção de investigar os eventos que ocorrem na prática jurídica (Pachukanis, 2017).

Por fim, tratam-se de diversas correntes filosóficas, desde o juspositivismo restritivo até a perspectiva crítica marxista que, não apenas proporcionam visões distintas do fenômeno jurídico, mas também se destacam pela sua abordagem mais contextualizada, alinhada aos desafios, interesses e complexidades da contemporaneidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das perspectivas de compreensão do fenômeno jurídico, o jusnaturalismo se define como uma teoria superada na contemporaneidade, incapaz de atender às demandas e complexidades sociais atuais. No entanto, em seu lugar três abordagens se destacam na filosofia do direito: o juspositivismo, que compreende o direito como uma esfera autônoma limitada às normas estatais; as filosofias não-juspositivistas, que reconhecem a relação intrínseca entre direito e poder, porém, muitas vezes, transferem a autonomia do normativo para o político e, finalmente, a perspectiva crítica marxista, que rompe com os reducionismos normativos e políticos, analisando o direito nas estruturas do todo histórico-social. Estas abordagens contemporâneas oferecem alternativas mais amplas e complexas, superando as limitações do jusnaturalismo e mantendo sua legitimidade frente às complexidades, interesses e demandas do tempo presente. À luz dessas considerações, torna-se evidente que para avançar na compreensão, aplicação e eventual superação do direito, é imperativo romper com a filosofia do direito natural, considerando suas limitações para o estudo do direito diante da realidade do mundo da vida.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus*. Petrópolis: Vozes, 2002.

ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Campinas: Unicamp, 2015.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

ARISTÓTELES. *Física I e II*. Campinas: Unicamp, 2009. Prefácio, introdução, tradução e comentários de Lucas Angioni.

DELGADO, José Luiz. *Curso de Direito Natural*. Curitiba: Juruá, 2018.

DIETRICH, Luis José; SILVA, Rafael Rodrigues. *Em busca da palavra de Deus*: Uma leitura do deuteronômico entre contradições, ambiguidades, violências e solidariedades. São Paulo: Paulus, 2020.

FEUERBACH, Ludwig. *Essência do Cristianismo*. São Paulo: Vozes, 2013.

FINKELSTEIN, Israel; SILBERMAN, Neil Asher. *A Bíblia desenterrada*: A nova visão arqueológica do antigo Israel e das origens dos seus textos sagrados. São Paulo: Editora Schwarcz, 2018.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz* (De Jure Belli ac Pacis). Volume I. 2. ed. Editora UNIJUí, 2004. Introdução de António Manuel Hespanha.

HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do espírito*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1992. Trad. Paulo Meneses e Karl-Heinz Efken.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger.

KANT, Immanuel. *Prolegômenos a toda a metafísica futura que queira apresentar-se como ciência*. Lisboa: Edições 70, 1987. Trad. Artur Morão.

KELSEN, Hans. *Sociedade e Natureza*: uma investigação sociológica. São Paulo: Contracorrente, 2022.

KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva S. A., 2020.

MARCOCCI, Giuseppe. *A consciência de um império*: Portugal e o seu mundo (sécs. XV-XVII). Universidade de Coimbra, 2012.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. 3. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORFINO, V. *O primado do encontro sobre a forma*. Campinas: Crítica Marxista nº 23, 2005.

NAKANOSE, Shigeyuki; DIETRICH, Luiz José. *Uma História de Israel*: Leitura Crítica da Bíblia e Arqueologia (Bíblico). 1. ed. São Paulo: Paulus, 2022.

OCKHAM, Guillelmus de. *Expositio in Libros Physicorum Aristotelis*. In: OCKHAM, Guillelmus de. Opera Philosophica. New York: St. Bonaventure University, 1985. v. 4 e 5.

PLANTINGA, Alvin. *A objeção reformada à teologia natural*. In: MCKIM, Donald K. Grandes temas da tradição reformada.São Paulo: Pendão Real, 1999, p. 50–62.

PLATÃO. *Diálogos*: A República. São Paulo: Edipro, 2002.

PLATÃO. *Diálogos*: Fedro. São Paulo: Editora UNESP, 2019.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Petrópolis: Vozes, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. *O diabo e o bom Deus*. São Paulo: Círculo do Livro S.A, 1973.

SUESS, Paulo. *A Conquista Espiritual da América Espanhola*. Petrópolis: Vozes, 1992.

O *SENATUS CONSULTUM ULTIMUM* E A SUSPENSÃO DO DIREITO DE APELAÇÃO DO POVO ROMANO: UMA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA FRENTE ÀS SITUAÇÕES DE AMEAÇA À REPÚBLICA ROMANA

THE SENATUS CONSULTUM ULTIMUM AND THE SUSPENSION OF THE ROMAN PEOPLE'S RIGHT OF APPEAL: AN EXTRAORDINARY MEASURE IN RESPONSE TO THREATS AGAINST THE ROMAN REPUBLIC

Nicole Carvalho Van Linschoten Lazzari[*]
Patrizia Cristina Cancelier Casagrande[**]

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar o uso do ***Senatus Consultum Ultimum*** (SCU), uma medida extraordinária decretada em situações de ameaça à República Romana. Para isso, foi adotada como método uma revisão bibliográfica de autores antigos e contemporâneos. O desenvolvimento da pesquisa inicia-se com a contextualização do cenário político e social romano no período em que o SCU passa a ser empregado como um dispositivo que viola os direitos constitucionais dos cidadãos, sob a justificativa de uma situação emergencial. Em seguida, apresenta-se o debate jurídico sobre o uso do SCU e os argumentos utilizados para justificar a suspensão do direito de apelação (***provocatio***), com ênfase na atuação de Cícero. Buscou-se compreender de que modo sua aplicação se articula com o conjunto normativo e o funcionamento das instituições republicanas romanas. Por fim, discute-se a relação desse dispositivo com o poder magisterial. Na conclusão do artigo, são exploradas discussões contemporâneas no campo jurídico, associadas à retórica da exceção e ao exercício do poder em tempos de crise.

Palavras-chave: Cícero. Direito de apelação. Poder magisterial. Exceção.

Abstract: This article aims to analyze the use of the ***Senatus Consultum Ultimum*** *(SCU), an extraordinary measure decreed in situations of threat to the Roman Republic. To this end, a bibliographic review of ancient and contemporary authors was adopted as the research method. The study begins by contextualizing the Roman political and social landscape during the period in which the SCU came to be employed as a mechanism that violated citizens' constitutional rights under the justification of an emergency situation. Next, the legal debate surrounding the SCU is presented, along with the arguments used to justify the suspension of the right to appeal (**provocatio**), with particular emphasis on Cicero's role. The research seeks to understand how its application aligns with the normative framework and the functioning of Roman republican institutions. Finally, the relationship between this measure and magisterial power is discussed. In the article's conclusion, contemporary legal discussions related to the rhetoric of exception and the exercise of power in times of crisis are explored.*

Keywords: Cicero. Right of appeal. Magisterial power. Exception.

1. INTRODUÇÃO

O *Senatus Consultum Ultimum* (SCU) foi uma medida extraordinária na Roma Antiga, outorgada pelo Senado, exercida no período republicano. "*Senatusconsulto* é o que o senado manda e constitui, e tem força de lei, embora o fosse posto em dúvida" (Gaio, *Inst.* 1.4., 1955).

O *senatus consultum ultimum* é um decreto que acomoda um intenso debate por alegadamente poder suspender, em nome da segurança da comunidade política, o *provocatio* — direito de apelação fundamental do sistema republicano, o qual garantia a liberdade e as proteções legais dos cidadãos (Colognesi, 2010).

Não estando presente em situações ordinárias, o SCU previa um máximo poder de jurisdição civil e militar ao cônsul (Salústio [43 a. C?]), interpretado como um "[...] dispositivo para suspender, se neces-

* Graduanda do 11º período no Curso de Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8741204271693220. E-mail: nicolelazzari19@gmail.com.

** Graduada no Curso de Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3550740926771578. E-mail: patriziacancelier@gmail.com.

sário, o direito de apelação" (Straumann, 2016, p. 93), definição debatida pelos autores contemporâneos.

É importante salientar que a própria origem dessa medida é incerta. O termo *senatus consultum ultimum* foi utilizado pela primeira vez por Júlio César, que acrescentou o "*ultimum*"pela extremidade do decreto (Mitchell, 1971).

Nota-se que o SCU já aparece na obra de Tito Lívio para referir-se a acontecimentos nos anos de 464 e 364 a.C. como uma "[...] instrução para emergências militares e distúrbios domésticos" (Straumann, 2016, p. 94–95) associada à ditadura, "[...] uma posição temporária para lidar com alguma emergência militar, e sem as conotações modernas negativas da palavra" (Beard, 2017, p. 133). Embora seja contestado que o SCU já fosse usado nesse período, como aponta Straumann (2016), a afirmação de Tito Lívio nos permite concluir que o Senado sempre desempenhou um importante papel consultivo nos diferentes períodos da história romana.

A partir de uma revisão bibliográfica da historiografia, com autores antigos e contemporâneos, este artigo busca investigar o uso do SCU no direito romano, com especial atenção aos argumentos que justificam a suspensão do direito fundamental de apelação dos cidadãos. Pretende-se analisar de que maneira essa medida excepcional foi aplicada, quais fundamentos jurídicos e políticos sustentam sua implementação e como sua utilização se articula com o conjunto normativo e o funcionamento das instituições republicanas romanas.

A relevância desse debate na atualidade reside no fato de que a análise do SCU permite refletir sobre como o direito está relacionado com o exercício do poder em tempos de crise. Questões como os limites da autoridade estatal, a suspensão de direitos, o abuso de poder e os mecanismos de controle institucional são centrais na teoria e na prática jurídicas contemporâneas. Nesse sentido, o SCU se insere em uma discussão atemporal sobre a tensão entre a ordem e as garantias legais dos cidadãos, um dilema particularmente sensível nos contextos democráticos atuais.

Daremos ênfase à atuação de Marco Túlio Cícero (103–43 a.C.), cônsul de Roma em 63 a.C., que fez uso do SCU frente a uma conspiração contra a comunidade política e seus representantes, liderada pelo político Lúcio Sérgio Catilina. O uso da medida por Cícero é relevante, pois ele estabelece uma relação entre o SCU e a Declaração de Inimigos contra cidadãos romanos, suspendendo seu direito de apelação sob a justificativa de uma ameaça iminente à República. Dessa forma, ele recorre à retórica da exceção para legitimar a condenação de seus líderes à morte.

A primeira seção deste artigo irá discorrer sobre o contexto em que o SCU aparece como um dispositivo que suspende o direito de *provocatio*, com intuito de analisar o impacto que esse decreto causou nas décadas seguintes da história política romana. Assim, a discussão deste artigo partirá do contexto conturbado (Flower, 2010) em que essa medida é inserida após os eventos ocorridos com os irmãos Graco, quando o uso do SCU passa a justificar a violência entre os cidadãos romanos conforme suspendia o *provocatio*.

A segunda seção foi dividida em virtude da complexidade envolvida na execução deste decreto. O primeiro tópico abordará as características funcionais da constituição romana conforme apresentados por Straumann (2016), observando o seu caráter hierárquico para introduzir uma discussão sobre o uso do SCU como um dispositivo emergencial.

A segunda subseção introduz as diferentes faces do uso do SCU, pautando os argumentos constitucionais baseados no *mos maiorum* (costume dos antepassados), *ius* (corpo de normas jurídicas) ou nas *leges* (leis estatutárias). Também abordará a atuação de Cícero na Conjuração de Catilina, associando a suspensão do *provocatio* com a declaração de hostis (inimigos públicos). Por fim, adentraremos o debate sobre o *imperium* (autoridade) dos magistrados sob a interpretação de alguns autores contemporâneos que apresentam diferentes visões sobre o *potestas* (poder) consular mediante o decreto do SCU. Nas considerações finais, é traçado um

paralelo com as discussões contemporâneas no âmbito jurídico.

2. HISTÓRIA DAS REPÚBLICAS EM CRISE

Para introduzirmos nosso estudo é necessária uma análise sobre o contexto político e social na Roma Antiga, com o intuito de compreender o cenário em que emerge o *Senatus Consultum Ultimum*, atuação excepcional dos magistrados para a defesa da *res publica*. A historiografia contemporânea compreende que essa medida surge em um período datado de 139 a 88 a.C., nomeado como a terceira república dos *nobiles*[1] (Flower, 2010).

Adotamos a periodização contemporânea proposta por Flower (2010), que classifica e define o contexto republicano da Roma Antiga em diferentes repúblicas, levando em conta as transformações sociais e políticas ocorridas em cada período analisado pela autora. As rupturas observadas entre essas diferentes repúblicas desafiam o modelo tradicional de periodização utilizado pelos historiadores, que tende a ver a República Romana como um regime contínuo ao longo do tempo, onde as crises não são interpretadas como rompimentos significativos. Como resultado, os impactos dessas crises na vida política tendem a ser subestimados por esse modelo.

Até então, esse período (de 139 a 88 a.C.) era visto como um momento de estabilidade no sistema republicano de Roma após longas disputas pelo poder entre patrícios e plebeus, denominadas pela historiografia tradicional como Conflito das Ordens (494–287 a.C.)[2]. Entretanto, a sociedade romana no século II a.C. passa a instigar transformações em seu panorama político conforme seu contexto conturbado de conquistas territoriais refletiam em uma notável insatisfação popular sobre o Senado.

Quando Roma é identificada como maior potência do Mediterrâneo após a conquista de Cartago e a vitória nas Guerras Púnicas no ano de 146 a.C., o auge de prosperidade e prestígio dos militares romanos era notável entre as autoridades políticas de Roma e demais civilizações, redundando a posse de novas terras sobre benefício da elite[3] (Sanchez, 2010, p. 24).

É nesse contexto que a questão da posse de terras torna-se alvo de intensos debates entre patrícios e plebeus novamente, ocasionando violentos conflitos em relação ao uso do *ager publicus*, conjunto de bens territoriais da comunidade política romana atribuídos conforme a sua expansão, que não podiam ser ocupados sem uma autorização dada pelo Senado (Grimal, 2009).

Assim, o ano de 133 a.C. é considerado um marco na historiografia por testemunhar inúmeras violações contra as regras políticas de comportamento dos romanos (Flower, 2010, p. 85). Isso passa a dividir as opiniões dos cidadãos quanto à legitimidade do uso da força para solução de conflitos, repercutindo em um debate de décadas na comunidade política romana. As violações iniciam-se com a eleição de Tibério Graco[4] para o tribunato da plebe.

Quando eleito, Graco aprovou um projeto polêmico que visava uma redistribuição de terras em parcelas aos cidadãos pobres, as quais estavam sendo inutilizadas pelo domínio público ou eram contidas em excesso por grandes proprietários (Sanchez, 2010, p. 32). O tribuno também lançou outros projetos que atribuíram benefícios ao povo romano, como a diminuição de tempo em serviço militar e a inclusão dos cavaleiros no colégio judicial, culminando em um enfraquecimento no poder dos senadores.

Dessa maneira, uma série de conflitos políticos perpetuam-se em Roma diante do incômodo

1 Classe política formada pela eleição de magistrados da elite romana, que considerava demasiadamente a reputação de seus antepassados, porém também enfatizavam o talento e as qualidades pessoais como fatores essenciais (Flower, 2010).

2 Ver mais em Beard (2017).

3 Causado pelo abandono de habitações dos pequenos proprietários e elevado número de mortes no período pós-guerra (Sanchez, 2010).

4 Neto de Cipião Africano, aristocrata e politicamente influente após sucesso na carreira militar, sua campanha propunha uma reforma agrária, levando em conta a situação miserável dos plebeus romanos no contexto pós-guerra (Sanchez, 2010).

gerado no Senado com os projetos lançados por Graco. A violência toma conta do panorama político e social e chega no seu auge com o assassinato do tribuno em 133 a.C., dividindo os civis em dois partidos ou *facciones* conhecidas como *optimates e populares*.

Partindo de fortes rivalidades e disputas pelo poder, os *optimates* congregavam a nobreza aristocrata conservadora de políticos, enquanto os *populares* representavam uma conduta mais democrática e favorável a reformas (Silveira, 2003). Conforme descrito pela historiadora Mary Beard (2010, p. 229), esses grupos "representavam dois pontos de vista claramente divergentes sobre os objetivos e métodos de governo, que iriam entrar em choque muitas vezes durante quase cem anos".

O embate ideológico entre os romanos se torna o principal fator que irá fomentar a violência nas décadas seguintes, culminando, após um longo processo, no desaparecimento de qualquer característica republicana em Roma. As discussões entre *optimates e populares* também são vistas como elemento fundamental para acontecimentos relevantes na história da Roma Antiga, como a ditadura de Sula em 88 a.C. e a conduta de Cícero após a Conjuração de Catilina em 63 a.C., de que trataremos mais adiante.

Dez anos mais tarde, após a morte de seu irmão, Caio Graco é eleito tribuno da plebe e dá continuidade aos seus projetos, propondo reformas ainda mais radicais. O período proporcionou uma crescente tensão entre os senadores e apoiadores do tribuno causando uma forte conturbação social e política[5] que resultou no assassinato de Caio Graco e seus três mil partidários (Grimal, 2009) com o uso do *Senatus Consultum Ultimum* pelo cônsul Lúcio Opímio no ano de 121 a.C. — primeira vez em que se tem registro do uso da medida para suspender o *provocatio*.

Após a derrota dos irmãos Graco, as invasões germânicas e demais conflitos com os aliados latinos de Roma ocasionam um período de emergências militares (Colognesi, 2014, p. 194), visto que os falecidos tribunos haviam minimizado o tempo de serviço do exército. Nesse contexto, uma figura importante surge para remoldar a organização dos militares: Caio Mário, comandante de grandes batalhas, como a guerra contra o rei Jugurta.

As chamadas "reformas marianas" são implementadas, proporcionando uma série de vitórias consecutivas, garantindo uma imensa popularidade para Mário, que é eleito cônsul em 104 a.C. Contudo, o período de prosperidade é seguido novamente pela violência e disputas de poder entre as facções dos *optimates e populares*.

Uma Guerra Civil inicia-se quando, em 88 a.C, o general Sula, líder dos *optimates*, é eleito cônsul e disputa com Caio Mário o comando da guerra contra Mitrídates VI[6]. A partir disso, um dos períodos mais aterrorizantes e violentos de Roma é relatado pelos escritos antigos, ao registrarem inúmeros massacres de representantes *populares* (Colognesi, 2017).

Desse modo, para a historiografia contemporânea, esse período é visto como um momento de transição no sistema republicano, por serem apresentadas uma série de reformas sociais e políticas que irão romper com as características da república dos *nobiles* e iniciar a república de Sula a partir de 81 a.C. (Flower, 2010).

Entre essas reformas, uma polêmica medida inserida foi o confisco de terras, "[...] apontado como uma das causas das revoltas que assolaram a Itália entre 63 e 60 a.C., dentre as quais destaca-se a conjuração de Catilina" (Silveira, 2003, p. 22). Observado todo contexto conturbado romano, esse evento é a principal ilustração que se tem registro para a promoção do debate jurídico acerca do *Senatus Consultum Ultimum*, que será abordado na seção seguinte.

5 Mesmo diante dessas conturbações, é importante ressaltar que o período ainda se trata da terceira república dos *nobiles* conforme a periodização de Flower (2010). Para a autora, apesar da violência presente no período em questão, as instituições políticas republicanas, apesar de já enfraquecidas, se mantinham até a marcha de Sula em 88 a.C.

6 O Rei do Ponto, de 120 a 63 a.C, tornou-se um dos maiores inimigos de Roma após liderar um massacre de milhares de romanos nas províncias do Oriente (Grimal, 2009).

A conjuração liderada por Lúcio Sérgio Catilina, conforme o relato de Salústio[7], foi um movimento revolucionário de cunho golpista que reuniu criminosos, endividados, parricidas, pobres e jovens que eram atraídos pelos discursos de Catilina, alguns nobres que almejavam o poder e inclusive mulheres (Salústio, [43 a.C.?]), todos insatisfeitos com a república e com a "[...] autoridade de uns poucos poderosos" (Salústio, [43 a.C.?], paginação irregular), que concentravam riquezas e poder.

Catilina (108–63 a.C.) foi um político romano de origem patrícia cuja família "[...] se encontrava em decadência, visto que não fazia um cônsul há três séculos", o próprio Catilina havia perdido duas eleições para o consulado, no ano de 64 e 63 a.C. (Silveira, 2003, p. 37). De acordo com Salústio ([43 a. C.?][8]), Catilina possivelmente já havia se envolvido em uma conjuração mal sucedida no ano de 65 a.C., porém não há consenso entre os historiadores.

Para conseguir apoio ao candidatar-se ao consulado no ano de 63 a.C., Catilina prometia magistraturas, sacerdócios, saques, cancelamento das dívidas e a proscrição dos ricos. No entanto, perdeu a eleição e foram nomeados cônsules C. Antônio e Cícero. Porém, isso não abalou a conjuração; Catilina continuou atraindo mais pessoas e organizou exércitos por toda a Itália[9], mobilizando grupos já insatisfeitos com as injustiças e a cobrança de dívidas que não tinham condições de pagar[10]. Tomando conhecimento disso, o Senado decretou:

> [...] que tomassem os cônsules providências para que a república nada pudesse sofrer. Esta autorização do senado permite ao magistrado o mais que é possível dentro da lei romana, levantar um exército, fazer a guerra, reprimir por todos os meios os aliados e os cidadãos, ter o máximo de poder e de jurisdição civil e militar; de outro modo, não tem o cônsul, sem mandato do povo, qualquer destes direitos. (Salústio, [43 a. C?], paginação irregular).

Essa medida extrajurídica, concedida em situações excepcionais de ameaça a República, era conhecida como *Senatus Consultum Ultimum* (SCU), objeto de estudo do presente artigo, que será aprofundado na próxima seção.

Diante disso, foram enviados generais por toda a Itália, estabeleceram-se vigias noturnas pela cidade e foi oferecida uma recompensa aos delatores. Quando Catilina partiu ao encontro de seu exército, que reunia conjurados de toda a Itália, o Senado decretou-o inimigo público. Após esses eventos, Cícero obteve uma carta com as assinaturas dos principais líderes da conspiração e, diante dessa prova concreta de sua participação na revolta, eles foram presos e depostos de suas magistraturas.

A questão sobre o que deveria ser feito com eles é levada ao Senado e Júlio César, um dos senadores, faz um discurso defendendo que os conjurados sejam condenados ao exílio, conforme assegurado pela Lei Pórcia. Catão, entretanto, defende que sejam tomadas medidas severas para amedrontar os demais revoltosos, manifestando-se a favor da pena de morte. Ele é apoiado pela maioria dos senadores e o Senado então emite um decreto para que os presos fossem executados. Cícero ordena a execução e pouco tempo depois, Catilina, que ainda não havia sido preso, é morto no campo de batalha pelas tropas de Antônio, dando fim à Conjuração.

7 Salústio foi um político e historiador romano que viveu no século I a.C. Sua obra *De coniuratione Catilinae* é uma das principais fontes legadas pela historiografia romana para compreender como se deram os fatos dessa conspiração. É importante destacar que Salústio testemunhou os acontecimentos desse período. Não há certeza quanto a data em que o texto foi escrito, estima-se que por volta de 43 a 41 a. C., quando as principais figuras desse evento já haviam morrido (Silveira, 2003).

8 Consultamos a edição de 1974 (ver nas referências). Todos os fatos narrados sobre a conjuração até o fim desta seção foram extraídos dessa fonte.

9 Apesar de Catilina ser visto por Cícero como o mentor das revoltas por toda a Itália, não há evidências suficientes que comprovam sua conexão com os líderes das rebeliões que ocorreram fora da cidade de Roma nesse período (Silveira, 2003, p. 35).

10 De acordo com Silveira (2003), a chance de revoltas por toda a Itália era muito alta e provavelmente teriam ocorrido mesmo sem a atuação de Catilina.

3. O SENATUS CONSULTUM ULTIMUM E O DEBATE JURÍDICO

3.1 CONSTITUIÇÃO ROMANA

O conjunto constitucional romano não é fruto do trabalho de um grande legislador, mas o resultado de um longo processo histórico marcado por situações adversas enfrentadas pelo povo romano (Cícero, [57 a.C.?]). Nesse sentido, é em um contexto de conflitos inéditos no panorama político de Roma, conforme apresentado na seção anterior, que emerge um debate a respeito dos limites legais do uso da violência e da legitimidade dos poderes emergenciais (Straumann, 2016, p.2).

Antes de adentrar o debate jurídico sobre o SCU, empreendido diversas vezes no período mais conturbado do regime republicano, discutiremos o que os autores contemporâneos entendem como a constituição romana.

> Por constituição queremos dizer, sempre que falamos com propriedade e exatidão, aquele conjunto de leis, instituições e costumes, derivados de certos princípios fixos da razão, dirigidos a certos objetos fixos do bem público, que compõem o sistema geral segundo o qual a comunidade concordou em ser governada (John e Bolingbroke, 1733, p. 88 *apud* Straumann, 2016, p. 34, *tradução nossa*).

À luz dessa definição, Straumann argumenta que a constituição romana compreende o conjunto dos costumes (*mos maiorum*), do corpo de normas jurídicas (*ius*)[11] e das leis estatutárias (*leges*)[12]. Assim, não se resume a um único documento escrito[13]. Nota-se que em alguns casos o termo *ius* é utilizado para designar as leis não estatutárias e, de acordo com Bleicken (1975 *apud* Straumann, 2016, p.54), denota as instituições fundantes da vida pública.

Ainda, destaca-se que a constituição opera conforme os princípios do *entrenchment* (entrincheiramento), segundo o qual existem leis mais "fortificadas" que outras, portanto menos suscetíveis à mudança, criando uma hierarquia, e o princípio da importância política, que refere-se às leis sobre as instituições de governo (Straumann, 2016, p.36). Nesse sentido, quando havia conflito entre as normas jurídicas, o que entrava em discussão era se deveria prevalecer o *mos maiorum*, o *ius* ou a lei estatutária.

Segundo Straumann, isso não significa que não havia uma hierarquia constitucional com princípios claros e bem definidos. Ele afirma que o princípio da soberania do povo romano estava na base da constituição, determinando que tanto o *mos maiorum* quanto o *ius* e as *leges* poderiam ser alterados perante decisão em assembleia popular. "Não há regra constitucional fundamental que o *populus Romanus* não possa mudar, isto é, a não ser a regra constitucional fundamental da soberania do povo romano ('seja qual for a última ordem do povo esta deverá ter a força de lei [ius]')"[14] (Straumann, 2016, p. 37, *tradução nossa*).

Ainda no que diz respeito à hierarquia das normas, Cícero, em sua obra *De Legibus*, expõe uma teoria constitucional fundada sobre o direito natural, que estaria acima dos demais princípios constitucionais. Nesse sentido, as leis naturais se sobrepõem ao *mos maiorum*, *ius*, e às *leges*, não se tratando de meros costumes mas de uma questão moral (Straumann, 2016 p. 52).

11 "[...] definido em relação ao direito completo dos cidadãos romanos" (Grimal, 2009, p. 341).

12 "[...] acto jurídico, realizado por instigação de um magistrado e geralmente sancionado por uma decisão de uma assembleia de cidadãos" (*Ibid*., p.342).

13 É válido mencionar que a Lei das XII Tábuas é um *documento constitucional*, mas não a própria constituição em si (Straumann, 2016, p. 37).

14 "A regra que Lívio assume ser a tábua doze [do conjunto das Leis das XII Tábuas]" (Straumann, 2016, p. 37, tradução nossa).

3.2 SENATUS CONSULTUM ULTIMUM

O debate jurídico analisado no caso da Conjuração de Catilina, apontado por Cícero em sua obra *De oratore*, trata-se do conflito entre a autoridade senatorial expressa pelo decreto do SCU e o direito de apelação do povo romano (*provocatio ad populum*) (Straumann, 2016, p. 60). Os argumentos em torno do uso do SCU para a suspensão do *provocatio* remetem a uma discussão mais ampla sobre os embates entre o *mos maiorum*, *ius* e as *leges*, configurando uma disputa sobre uma interpretação popular ou senatorial da constituição, e, ainda, fornecendo diferentes interpretações sobre o *imperium* da magistratura consular quando decretado o SCU.

Isso é evidenciado num primeiro momento no julgamento de Lúcio Opímio, que é acusado de ter violado as Leis Pórcia e Valéria[15] com o assassinato de Caio Graco (Mitchell, 1971, p. 48). O SCU, nesse argumento, é considerado ilegal por não estar em conformidade com as *leges*. No entanto, "[...] em sua defesa, Opímio não negou que havia agido contra a lei, mas apelou para a justificativa de que o fez em nome dos interesses do Estado sob decreto do Senado" (Mitchell, 1971, p. 48, *tradução nossa*). Nesse sentido, haveria uma norma constitucional superior (ius) que autoriza a suspensão das leis estatutárias (*leges*) permitindo uma prática considerada ilegal mediante decreto do senado, emitido em prol da segurança pública (*pro salute patriae*) (Straumann, 2016, p. 60).

Apesar de Opímio ter sido absolvido, isso não pode ser interpretado como um sólido precedente para o SCU, tendo em vista que o fato dele ter sido posto em julgamento é um sinal da dubiedade da legitimidade desse dispositivo. Entretanto, de acordo com Straumann (2016), sob o ponto de vista do *imprimatur* (autorização) do povo romano, esse julgamento comprova que o povo tinha autoridade para decidir sobre a legitimidade do SCU, nesse caso considerado legal, porém estando sujeito a outras interpretações no futuro, não tendo a absolvição de Opímio garantido que o povo manifestaria-se sempre a favor desse dispositivo.

Nota-se que até esse momento os argumentos baseavam-se no *ius* ou nas *leges*, o primeiro defendendo a primazia da segurança do Estado e o segundo das leis estatutárias que garantem a *provocatio*, podendo ser associado com uma interpretação popular da constituição, pois defende que aquelas leis que foram votadas pelo povo devem prevalecer e que o direito dos cidadãos jamais pode ser violado.

Quando Cícero utiliza o SCU, em 63 a.C., no entanto, ele evoca o *mos maiorum* como princípio constitucional superior, afirmando que o costume dos antepassados era, em tempos de paz, respeitar esses costumes. Porém, em situações adversas encontrar novas maneiras de conduzir as coisas (Cícero, [57 a.C.?] *apud* Straumann, 2016, p. 50). Dessa forma "[...] colocar de lado as restrições comuns, em tempos de emergência, é elevado ao status de *mos*." (Straumann, 2016, p. 50, *tradução nossa*), o que legitimaria a suspensão do *provocatio* em sua atuação contra a Conjuração de Catilina.

Entretanto, do ponto de vista empírico o argumento do *mos maiorum* não fazia muito sentido, pois "[...] simplesmente não havia uma tradição constitucional para se basear: as ações de Opímio mantiveram-se isoladas" (Straumann, 2016, p. 90), havendo um espaço de mais de cinquenta anos entre a atuação deste e de Cícero. Além disso, afirma Straumann, após a ditadura de Sula, período violento da história de Roma, o uso da crueldade passou a ser altamente reprovado.

O próprio Cícero tinha incertezas quanto ao argumento do *mos*, não agindo de imediato. Mitchell (1971, p. 50) explica que o motivo pelo qual Cícero não agiu imediatamente contra os conjurados se deve ao fato do SCU ter sido declarado diante da "[...] *antecipação* de um perigo [à república], e não em meio a atos de hostilidade" (*tradução nossa*), diferentemente dos casos anteriores. Por isso, Cícero opta pela declaração de *hostes* (inimigos públicos) ao invés de apoiar-se no uso do SCU (Botsford, 1913, p. 131).

15 Proibiam matar cidadãos sem um julgamento (direito de apelação).

Segundo Straumann, esse argumento é mais promissor, pois nenhum cônsul havia antes sido condenado por executar um inimigo declarado. Essa mudança argumentativa é perceptível nas Catilinárias de Cícero — discursos proferidos pelo cônsul, diante do Senado, contra os conjurados —, que menciona o SCU no seu primeiro discurso, mas na quarta Catilinária o decreto não é mais citado.

Sendo os conjurados declarados *hostes*, eles perderiam seu status de cidadãos e consequentemente o direito de apelação, pois o *provocatio* era garantido apenas aos cidadãos romanos. Além disso, o julgamento, que nos casos de condenação à pena capital deveria passar por um júri popular, torna-se uma prerrogativa do Senado, que tinha jurisdição sobre os casos concernentes aos não-cidadãos (entre os quais incluem-se aqueles declarados *hostes*) (Botsford, 1913, p. 131)[16].

Nesse contexto, o apoio dos senadores à execução dos conjurados foi acatado por Cícero como uma decisão judicial legítima. Segundo Abbott (1907 *apud* Mitchell, 1971 p. 50) o fato de Cícero não ter mencionado o SCU na condenação dos conjurados e ao invés disso ter optado por um argumento de um indício criminal promovido pelo Senado foi sem precedentes e ilegítimo.

Além disso, o argumento de Cícero é questionável pois a declaração de *hostes* era usualmente feita contra inimigos externos e havia sido usada contra cidadãos romanos pela primeira vez durante a ditadura de Sula e, posteriormente, contra o próprio ditador (Straumann, 2016, p. 95 e 96). Considerando que nesse período as instituições republicanas não eram respeitadas, isso levanta questionamentos sobre a legitimidade de declarar cidadãos *hostes*.

Formalmente isso só era plausível se os cidadãos estivessem armados, o próprio Cícero reconhece isso no seu discurso em defesa de Rabir*ius* naquele mesmo ano (Straumann, 2016, p. 100). O que o cônsul faz, no entanto, é estender essa interpretação para aqueles que ameaçavam levantar as armas contra a República (Straumann, 2016, p. 99).

Catilina só foi declarado inimigo público pelo Senado[17] quando juntou-se aos seus exércitos no campo de batalha. No entanto, os demais líderes da conjuração, que estavam presos na cidade de Roma, desarmados, foram condenados à morte sem que houvesse qualquer amparo jurídico, pois não havia precedente legal para declará-los *hostes*. Posteriormente, Cícero foi acusado por executar cidadãos romanos sem os devidos processos judiciais e condenado ao exílio, conforme previa a Lei Clódia (Sanchez, 2010, p. 90).

Segundo Straumann (2016, p. 96), a declaração de *hostis* nunca antes havia sido usada num contexto em que fora decretado o SCU; portanto, o argumento de Cícero teria sido uma tentativa falha de estabelecer essa relação. "O argumento de *hostes* nesta forma provavelmente nasceu com Cícero e morreu com ele" (Straumann, 2016, p. 100, *tradução nossa*).

3.3 O SCU E O *IMPERIUM* MAGISTERIAL

Todo esse debate a respeito da suspensão do *provocatio* está diretamente relacionado ao *imperium* do magistrado. De acordo com Salústio, o SCU daria ao cônsul um poder supremo "[...] permitindo-lhe 'exercer qualquer tipo de coerção' sobre aliados e cidadãos, um direito (*ius*) que o ele de outra maneira não teria" (Straumann, 2016, p. 90, *tradução nossa*).

Segundo Cícero, o SCU permitiria então, se necessário, suspender o direito de apelação. Straumann, entretanto, argumenta que essa afirmação foi feita com o intuito de justificar sua própria atuação na Conjuração de Catilina, e, por isso, não seria apropriada. Do ponto de vista da história romana

16 Se de fato cabia ao Senado esse tipo de decisão é um debate controverso. Segundo Abbott (1907 *apud* Botsford, 1913, p.131) o Senado não tinha essa prerrogativa.

17 O caso de Catilina foi o primeiro envolvendo o SCU em que o Senado declarou um cidadão romano inimigo público (Straumann, 2016, p. 99-100).

e dos diversos usos do SCU, pode-se inferir que não há clareza quanto às implicações desse decreto senatorial, gerando um grande debate entre os autores contemporâneos, que têm diferentes interpretações sobre o que era o SCU e se o decreto concederia ao magistrado poderes extraordinários, acima de seu *potestas* normal, para lidar com as ameaças à república, suspendendo a lei estatutária.

De acordo com Hugh Last, o SCU era meramente um conselho que "[...] implicava a promessa de apoio senatorial" (1932 *apud* Mitchell, 1971, p. 49, *tradução nossa*), não havendo implicações legais nos deveres, poderes e responsabilidades do magistrado, ou seja, não garantia poderes além dos que ele já tinha. No entanto, permitia que medidas ilegais fossem adotadas em conformidade com o princípio do *salus populi suprema lex esto*[18].

Mommsen apresenta uma visão divergente, tratando o SCU como uma medida constitucional que "[...] dava poder aos magistrados para conduzir atos de guerra contra pessoas expressamente designadas ou àqueles que os magistrados viam como fonte dos distúrbios" (1888 *apud* Mitchell, 1971, p. 50, *tradução nossa*), concedendo temporariamente poder supremo aos magistrados, que o autor chama de *quasi-dictatorship*[19], suspendendo as restrições de seu *imperium* normal. Em um sentido semelhante, Botsford argumenta que o SCU dava ao cônsul poder absoluto sobre a vida e a morte dos cidadãos, "[...] contornando o direito de apelação" (Botsford, 1913, p. 130, *tradução nossa*).

De acordo com Mitchell (1971), Last e Mommsen concordam que o poder supremo é assumido temporariamente pelos magistrados (seja legalmente ou não), cabendo a eles decidir quais atitudes serão tomadas e caindo sobre eles a responsabilidade de seus atos. Mitchell, no entanto, aponta que é o próprio Senado que assume o poder supremo diante de emergências e não os magistrados, interpretação bastante controversa.

Uma definição mais recente, elaborada por Straumann (2016), parece resolver alguns desses dilemas ao considerar uma visão dinâmica do SCU. Segundo o autor, nos anos de 121 e 100 a.C. o decreto senatorial foi "[...] desenvolvido e utilizado com o objetivo de suspender o direito de apelação, ou pelo menos foi assim interpretado pelos protagonistas [desses eventos]" (Straumann, 2016, p. 92, *tradução nossa*), mas que depois desses casos não foi mais usado para suspender o *provocatio*, com exceção da atuação de Cícero.

Ainda, Straumann afirma que "o SCU nunca legitimou de forma direta o assassinato de cidadãos: o julgamento da deferência de Opímio, as próprias manobras retóricas contorcidas de Cícero, a resistência de César e de outra pessoa no debate no Senado de 5 de dezembro de 63, e não menos o exílio de Cícero, todos testemunham isso" (Straumann, 2016, p. 91, *tradução nossa*). Diante desses apontamentos, o autor propõe uma definição mais completa e plausível:

> A melhor visão é que o SCU, longe de simplesmente declarar uma emergência, foi de fato uma exortação dirigida aos magistrados, geralmente os cônsules, no intuito de que a república não sofra nenhum dano; que os próprios magistrados, e não o Senado, foram em última instância os autores e responsáveis por tudo o que eles procederam em fazer; que o SCU por si só não tinha pretensão de negligenciar a lei, nem de encorajar os magistrados a desrespeitar os limites legais do seu poder e não fazia qualquer coisa para mudar a situação constitucional, muito menos suspender o direito de apelação; e finalmente, não declarava implicitamente os cidadãos *hostes* e não necessariamente operava em conjunto com a declaração de *hostes* (Straumann, 2016, p. 89, *tradução nossa*).

18 "A salvação do povo seja a suprema lei", conhecida máxima escrita por Cícero em *De Legibus*.

19 Traduzida como "quase ditadura", referindo-se a um poder semelhante ao ditatorial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem apresentada neste artigo possibilitou um panorama sobre o *Senatus Consultum Ultimum*, um decreto de emergência emitido pelo Senado romano com o objetivo de neutralizar qualquer ameaça ao regime republicano. Esse instrumento representa, portanto, um mecanismo de exceção, utilizado em momentos de crise.

O artigo analisou o conflito entre a autoridade senatorial expressa pelo decreto do SCU e o direito de apelação do povo romano (*provocatio ad populum*), que reflete a tensão entre a primazia da segurança do Estado e as leis estatutárias que garantem o *provocatio*. O artigo também abordou o debate sobre a possibilidade de o SCU conceder ao magistrado poderes extraordinários, superiores à sua *potestas* normal, permitindo-lhe suspender o *provocatio*, ou seja, conferindo-lhe um poder absoluto sobre a vida e a morte dos cidadãos.

O uso do SCU por Cícero é particularmente relevante, pois ele associou o SCU à declaração de inimigos contra cidadãos romanos, suspendendo seu direito de apelação diante de uma ameaça iminente à república, condenando os líderes da Conjuração de Catilina à morte. Cícero utilizou uma retórica da exceção, que nos leva a refletir sobre como a segurança da república e do povo pode ser invocada como justificativa para a suspensão de direitos e para o abuso de poder por parte dos governantes. A dúvida que se coloca é: uma ameaça ainda não concretizada contra a república justificaria a suspensão do direito de apelação dos acusados? No caso de Cícero, sua posterior condenação ao exílio pela execução de cidadãos romanos mostrou que suas justificativas não foram suficientes.

O SCU se conecta à discussão contemporânea sobre o risco de normalização da exceção em regimes democráticos, com implicações para o Estado de direito e as garantias individuais. Segundo Agamben (2004), há um debate teórico que divide aqueles "[...] que procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico e aqueles que o consideram exterior a esse ordenamento, isto é, como um fenômeno essencialmente político ou, em todo caso, extra-jurídico" (p. 38). Para esses últimos, a codificação de situações excepcionais seria impossível.

No entanto, para Agamben (2004), a exceção se encontra em uma zona cinzenta entre o fato (*factum*) e o direito (ius), não estando completamente dentro nem fora do ordenamento jurídico. A exceção é utilizada como justificativa para suspender direitos constitucionais sem revogá-los, criando uma zona de indiscernibilidade entre a observância e a transgressão do direito.

Agamben explica que a exceção se fundamenta na necessidade (como no caso da ameaça à república) e frequentemente é associada a uma metáfora bélica, de combate ao inimigo, como ocorreu no caso de Cícero, que usou a declaração de *hostes* contra cidadãos romanos, normalmente um procedimento reservado a inimigos externos. Entretanto, segundo o autor, o que torna uma situação excepcional não são apenas critérios objetivos. O decreto passa por uma decisão, um julgamento subjetivo, que a qualifica como excepcional. Isso demonstra o peso que uma atuação política pode ter sobre as garantias legais.

Até que ponto o Executivo pode concentrar poder em nome da "salvação da ordem"? Quais são os limites éticos e jurídicos que devem ser respeitados quando o Estado alega estar protegendo a sociedade em momentos de crise? Em sistemas democráticos contemporâneos, como o brasileiro, instrumentos como medidas provisórias, intervenção federal e estado de sítio estão inseridos nesse debate. No entanto, fica a questão: até que ponto esses mecanismos permanecem dentro dos limites constitucionais ou se tornam suscetíveis ao abuso de poder, tal como ocorreu na Roma antiga? Essas questões nos desafiam a refletir sobre o equilíbrio entre a necessidade de resposta rápida do Estado em situações extremas e a preservação das garantias individuais, sem que a exceção se torne a regra, comprometendo os princípios fundamentais do Estado de Direito.

A discussão sobre esses limites continua em aberto, exigindo constante vigilância e análise crítica em contextos de crescente concentração de poder.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004 [1942]. 142 p. Trad. Iraci D. Poleti.

BEARD, Mary. *SPQR*: Uma história da Roma Antiga. São Paulo: Planeta, 2017. Trad. Luis Reyes Gil.

BOTSFORD, G. W. On the Legality of the Trial and Condemnation of the Catilinarian Conspirators. *The Classical Weekly*, v. 6, n. 17, p. 130–132, 1º mar. 1913. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/4386706.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

CÍCERO, M. T. *Tratado da República*. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas & Debates, 2008 [57 a.C.?]. Trad. Francisco de Oliveira.

COLOGNESI, Luigi Capogrossi. *Law and power in the making of the Roman commonwealth*. Cambridge, UK: University Printing House, 2014. Trad. Laura Kopp.

FLOWER, Harriet I. *Roman Republics*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2010.

GAIO. *Instituições*: direito privado romano. São Paulo: Saraiva, 1955. Trad. A. A. C. Correia.

GRIMAL, Pierre. *A civilização romana*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.

MITCHELL, T. N. Cicero and the Senatus Consultum Ultimum. *Historia*: Zeitschrift für Alte Geschichte. v. 20, n. 1, p. 47–61, jan/fev/mar. 1971.

SALÚSTIO. *Conjuração de Catilina. In*: SALÚSTIO. Obra completa. Lisboa: Livros Horizonte, 1974 [43 a. C.?]. Trad. e introd. Agostinho da Silva. Disponível em: https://pt.calameo.com/read/000039711710446453 0a3. Acesso em: 14 out. 2020.

SILVEIRA, Laura Ribeiro. *O retrato de Catilina em Salústio*. 2003. 70 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Letras, Rio de Janeiro, 2003.

STRAUMANN, Benjamin. *Crises and constitutionalism*: Roman political thought from the fall to the age of revolution. New York, NY: Oxford University Press, 2016.

OS SISTEMAS DE CONTROLE DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

THE HUMAN RIGHTS CONTROL SYSTEMS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

Davi Jorge Pasquier Pereira[*]
Manuela Thomé da Cruz Bunn[**]
Marcio Cesar do Nascimento Junior[***]

Resumo: Este artigo visa realizar uma análise dos meios de controle dos direitos humanos no Sistema Prisional Brasileiro, com o objetivo de responder ao problema central: há mecanismos legais e institucionais existentes no Brasil para proteção dos direitos humanos das pessoas encarceradas? A pesquisa será conduzida utilizando o método de abordagem dedutivo, iniciando com uma análise teórica abrangente do sistema prisional, destacando seu papel como ferramenta de controle social para, ao final, analisar os mecanismos existentes de controle de direitos humanos e sua efetividade na prática. Para tanto, serão analisados os dados e estatísticas recentes para ilustrar a magnitude dos problemas enfrentados pelo sistema. A conclusão do artigo destaca que, apesar da existência de mecanismos legais e protocolos destinados à proteção dos direitos humanos, ainda ocorrem inúmeras violações. A superlotação, a morosidade judicial e as condições degradantes são problemas persistentes que demandam soluções urgentes.

Palavras-chave: Sistema Prisional Brasileiro. Direito Humanos. Controle Social.

Abstract: This article aims to analyze the mechanisms for controlling human rights within the Brazilian prison system, with the objective of addressing the central question: are there legal and institutional mechanisms in Brazil for protecting the human rights of incarcerated individuals? The research will be conducted using a deductive approach, beginning with a comprehensive theoretical analysis of the prison system, highlighting its role as a tool for social control, and ultimately examining the existing mechanisms for human rights control and their practical effectiveness. To this end, recent data and statistics will be analyzed to illustrate the magnitude of the problems faced by the system. The conclusion of the article emphasizes that, despite the existence of legal mechanisms and protocols aimed at protecting human rights, numerous violations still occur. Overcrowding, judicial delays, and degrading conditions remain persistent issues that demand urgent solutions.

Keywords: Brazilian Prison System. Human Rights. Social Control.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio concentra-se na análise crítica do Sistema Prisional Brasileiro, com o objetivo de verificar os mecanismos legais de proteção aos direitos humanos nesse contexto. Para isso, será realizada, primeiramente, uma análise do contexto histórico da prisão no Brasil e no mundo, com o intuito de compreender as raízes estruturais do sistema carcerário e as dinâmicas da sua evolução (2). Na sequência, será abordado o papel do sistema prisional como forma de controle social, destacando sua realidade marcada por condições degradantes e violência estrutural (3). Além disso, antes de analisar propriamente os mecanismos de proteção, será realizado uma análise das violações de direitos humanos no sistema penitenciário (4.1 e 4.2) para, enfim, analisar os meios legais de controle de direitos humanos existentes no sistema prisional brasileiro (4.3).

Nesse sentido, a presente pesquisa se mostra de expressiva relevância quando se observa

* Graduando do 8º período no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5358203946404508. E-mail: pasquierdavi@gmail.com.

** Graduanda do 8º período no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1583375225488335. E-mail: manuelabunn09@gmail.com.

*** Graduando do 8º período no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9126156464837574. E-mail: 2003marcio@gmail.com.

dados referentes ao Sistema Carcerário, os quais mostram sua (infeliz) grandiosidade e consequente necessidade de análise e debate. Pesquisas indicam que o país tem 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, e dessa forma se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo (Silva, 2021).

Em 2019, a capacidade do Sistema Prisional Brasileiro era de 415.960 vagas, enquanto se encontravam presas 704.395 pessoas, o que significa uma superlotação de 69,3% acima da capacidade (Reis, 2019). Em 2023, o número de vagas aumentou em 2,3%, enquanto o número de presos em celas físicas aumentou para 650.822, segundo levantamento do Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN) divulgado em março de 2024 (SISDEPEN, 2024). Apenas esses dois dados mencionados já exemplificam a necessidade de análise crítica da situação, mas quando se percebe as consequências reais deles, a necessidade permeia o dever para qualquer estudante e profissional do Direito.

Portanto, pretende-se aqui averiguar se as medidas já existentes em lei, protocolos, resoluções, tratados internacionais e outras normas são suficientes para cessar as graves violações aos mais diversos Direitos Humanos que atualmente ocorrem no sistema carcerário brasileiro, e, se não forem, quais seriam as possíveis medidas necessárias para tanto.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Inicialmente, é crucial ressaltar um contexto global em que, a partir do século XVIII, houve uma mudança no foco das punições: da penalização física para uma abordagem mais voltada para a reflexão mental do infrator. Nesse novo paradigma, a ideia central era que o transgressor, ao ser isolado, deveria ponderar sobre suas ações. Além disso, as penas deixaram de ser públicas, e o indivíduo desviante passou a ser segregado do convívio social. Dessa forma, passou-se a observar uma mínima preocupação com os direitos da pessoa encarcerada.

Historicamente, a privação de liberdade não era necessariamente considerada uma sanção penal, mas sim utilizada para outros fins. Até o final do século XVIII, as prisões serviam principalmente para a contenção e guarda de réus, preservando-os fisicamente até o julgamento ou execução (Bitencourt, 2017, p. 13). Durante esse longo período, prevaleciam penas como a morte, mutilações, açoites e penas infamantes. Na Idade Média (476–1453), marcada pela economia feudal e pela supremacia da Igreja Católica, as prisões eram predominantemente locais de detenção temporária, onde os prisioneiros aguardavam a aplicação de punições corporais ou a pena de morte.

A prisão funcionava como uma espécie de antessala de suplícios, onde a tortura era frequentemente utilizada para descobrir a verdade. Von Hentig (1967, p. 185) observa que as masmorras das casas consistoriais e as câmaras de tortura estavam próximas umas das outras, mantendo os presos até que fossem entregues ao Monte das Orcas ou às Pedras dos Corvos. Muitos prisioneiros sucumbiam à tortura ou às doenças do cárcere, sendo abandonados mortos.

Michel Foucault (2014, p. 9) descreve uma das modalidades de pena utilizada neste período, conhecida como suplício. Um exemplo é o caso de Robert-François Damiens, ocorrido em 1757, onde o réu foi condenado por tentar assassinar o rei Luís XV da França. Sua sentença incluía ser torturado e executado publicamente de maneira extremamente brutal, como meio de retribuição e aviso à população. A execução de Damiens ocorreu em 2 de março de 1757 na Place de Grève, em Paris, com uma grande multidão assistindo. Ele foi submetido a uma série de torturas preliminares, queimado com pinças incandescentes, teve suas mãos cortadas, e foi esquartejado por cavalos. Este processo prolongado e agonizante servia para demonstrar a autoridade absoluta do rei e aterrorizar a população, mostrando o que aconteceria a qualquer um que ousasse desafiar o poder real (Tomás y Valiente, 1969, p. 356).

Durante este período, surgiram duas modalidades específicas de prisão: a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. A prisão de Estado era reservada para inimigos do poder, como aqueles que

cometiam traição ou adversários políticos. Essa prisão podia servir como prisão-custódia, onde o réu aguardava a execução da pena real (morte, açoite, mutilações), ou como detenção temporária ou perpétua, aguardando um possível perdão real. A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se a clérigos rebeldes e refletia as ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja. Os infratores eram recolhidos em alas dos mosteiros para que, por meio da penitência e da oração, se arrependessem e obtivessem correção (Bitencourt, 2017, p. 18).

A partir do século XVIII, houve uma significativa mudança no enfoque das punições: da penalização física para uma abordagem mais voltada à reflexão mental do infrator. Nesse novo paradigma, a ideia central era que o transgressor, ao ser isolado, deveria refletir sobre suas ações. Além disso, as penas deixaram de ser públicas, e o indivíduo desviante passou a ser segregado do convívio social, com mínima preocupação com os direitos da pessoa encarcerada.

Michel Foucault (2014) identifica a ascensão da prisão moderna, tal como a conhecemos hoje, como um fenômeno ligado às duas grandes revoluções do século XVIII: a Revolução Industrial e a Revolução Francesa. Essa transformação está estreitamente associada ao surgimento da burguesia, que buscava uma sociedade composta por mais consumidores e trabalhadores disciplinados. Especificamente, essa classe social necessitava de operários que aceitassem ser explorados e suportar abusos físicos sem protestos ou reclamações. Para atender a esse propósito, era crucial que os corpos desses trabalhadores fossem dóceis, adaptando-se à lógica capitalista.

Nesse contexto, a prisão surge não apenas para abrigar criminosos, mas também delinquentes que não se adequaram ao sistema industrial, ou seja, aqueles sem os corpos programados pela lógica capitalista (Sá, Tangerino e Shecaria, 2011, p. 15). Assim, mendigos, prostitutas, órfãos e pobres, independentemente de sua criminalidade, eram recolhidos em casas de correção para discipliná-los para o trabalho (2011, p. 52).

No mesmo norte, Melossi e Pavarini (2017, p. 34) argumentam que as casas de trabalho surgiram na Holanda do século XVII como resposta às demandas do capitalismo emergente, e não por iniciativas idealistas ou humanitárias. Essas práticas punitivas tinham como principal objetivo controlar e regular a força de trabalho, alinhando-a às necessidades do capital, evitando o desperdício de mão de obra.

No Brasil, com a Abolição da Escravatura em 1888 e a proclamação da república em 1889, era imperiosa a adoção de uma nova legislação penal. O governo provisório, antes mesmo do Código Criminal de 1890, editou o Decreto 774 de 1890, que acabou com a pena de galés, fixou o limite de 30 anos de prisão, e estabeleceu a prescrição das penas (Dotti, 2004). As Constituições brasileiras de 1891, 1934 e 1937 corroboraram com o fim dos suplícios e a construção de princípios, como o da legalidade, da transcendência ou pessoalidade e da proibição da pena corpórea perpétua, culminando com a elaboração do Código Penal de 1940. Mesmo com os avanços, na década de 1980, os problemas eram enormes, decorrentes da superpopulação carcerária e da grande quantidade de mandados de prisão sem cumprimento (Dotti, 2004).

Em 1984, toda a parte geral do Código Penal de 1940 foi reformada, avançando na consolidação de novos e modernos conceitos e na construção de um novo sistema de execução das penas, com possibilidade de progressão e regressão de regime prisional, e adoção de penas alternativas ao cárcere, como a prestação de serviços à comunidade e a restrição de outros direitos. Na mesma data da Lei nº 7.209/1984 que reformou o Código Penal, veio ao ordenamento pátrio a Lei nº 7.210/1984, que passou a tratar especificamente das execuções penais (Dotti, 2004).

Depois de 1940, o sistema prisional brasileiro continuou a enfrentar problemas estruturais graves, especialmente no estado de São Paulo. A superlotação, as condições degradantes e a violência institucional eram desafios crônicos que afetavam detentos e agentes penitenciários

O livro PCC: *Hegemonia Nas Prisões e Monopólio da Violência* (2013) discute como a história

de negligência do Estado – manifesto no histórico de investimento insuficiente em infraestrutura, qualificação profissional, nos escândalos de corrupção e abuso policial – produziu uma crise no sistema prisional de São Paulo. Para os autores, pelo ambiente caótico, no qual a atuação institucional e a negligência do Estado revelam-se na infraestrutura decrépita, na seletividade do encarceramento e na marginalização de grande parte da população carcerária, o PCC surgiu como um grupo de prisioneiros que, inicialmente, buscava melhorar sua condição de vida enquanto estava atrás das grades. Mas a facção logo evoluiu para uma organização criminosa que assumiu a responsabilidade pelo tráfico de drogas e estabeleceu suas próprias regras, desafiando diretamente o poder do Estado (Dias, 2013, p. 19; Feltran, 2018, p. 104).

Dessa forma, é possível observar que a ascensão do PCC ocorreu diretamente pela crise prisional dos anos 1990, que foi caracterizada por rebeliões em rápida sucessão e por uma crescente escalada de violência (Dias, 2013, p. 38).

A prisão, portanto, surgiu apenas como um meio de preservar o detento até o julgamento ou execução, evoluindo no século XVIII para uma forma de punição baseada no isolamento e reflexão do infrator e passando, ao fim, a ser um meio de controle social, refletindo a lógica capitalista de disciplinar corpos (Foucault, 2014, p. 55).

3. SISTEMA PRISIONAL COMO FORMA DE CONTROLE SOCIAL E SUA REALIDADE VIOLENTA

Michel Foucault, como já observado, tratou da prisão como uma ferramenta de controle social. Nesse sentido, o autor destaca diversas vezes a necessidade das sociedades em controlar os corpos e docilizá-los, como uma verdadeira fábrica de corpos submissos. Assim, como explora em uma de suas principais obras, Vigiar e Punir, a prisão é uma dessas técnicas do chamado poder disciplinar, que visa o adestramento das pessoas ao modelo social dominante (Foucault, 2009).

Assim, avançando no tempo, quando já se encontram as sociedades consolidadas em um sistema de lógica neoliberal, a prisão permanece como um sistema de controle social ligado à "administração dos rejeitos humanos", como descrito por Wacquant. Tal descrição se refere ao que seria a real função do sistema prisional: recolher do convívio social as pessoas consideradas perigosas, enquanto o sistema insiste em defender o que seria, na verdade, a função de fachada desse sistema: a tutela dos interesses sociais contra os crimes dos perigosos (Wacquant, 2003).

A verdadeira função do cárcere, portanto, evidencia-se ainda mais nesse sentido quando da análise da realidade do contexto maior, qual seja a falta de investimentos em políticas públicas capazes de dar condições de melhora na vida das pessoas marginalizadas. Dessa forma, a aplicação dessas políticas públicas dá lugar a mais marginalização e pobreza, levando o Estado a aprisionar em consequência, perpetuando o ciclo de controle social sobre não apenas os corpos aprisionados, mas também aqueles que os têm como exemplo (Souza, 2015, p. 170).

Além da realidade do sistema prisional como uma forma de controle social, e sendo essa uma das mais comuns, mostrando-se imprescindível essa análise exterior, não se pode deixar de analisar a realidade no interior do sistema. Essa realidade, nesse sentido, que se mostra de extrema violência e violação aos Direitos Humanos.

Dessa forma, a superlotação no sistema carcerário é uma forma de violência, talvez uma das piores, visto que é fato gerador de diversas outras. Ademais, se mostra intrinsecamente ligada ao seu passado, uma vez que a prisão, desde sua concepção, permanece com as mesmas finalidades, estruturas e condições. Isso porque as penas na sociedade atual exercem um papel importante para o controle da sociedade nos moldes de uma sociedade capitalista, no qual os crimes que mais levam para a penitenciária são crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas. Nesse sentido, em junho de 2024 o Brasil apresentava um déficit no sistema penitenciário de 174.436 vagas, o

que explica, apesar de jamais justificar, a superlotação do referido sistema (SISDEPEN, 2024).

Segundo dados do levantamento de informações penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), aproximadamente 70% dos presos estão encarcerados por crimes contra o patrimônio e drogas (Departamento Penitenciário, 2021). No último levantamento do SISDEPEN, referente aos meses de janeiro a junho de 2024, observou-se que esse dado continua atual, apesar de ter havido um aumento na quantidade de presos por ambos os tipos de crimes (SISDEPEN, 2024). Tal realidade não deve ser vista como fenômeno único, mas sim como um processo que se inicia com a criminalização primária destas pessoas com o processo legislativo de formulação desta lei penal que dita ou tipifica as condutas passíveis de serem imputadas a grupos específicos.

Nesses termos, a superlotação por si gera diversas violações aos Direitos Humanos e aos direitos próprios da pessoa encarcerada, como por exemplo o direito a condições dignas de higiene e saúde, que, na realidade, tem seu lugar ocupado pela insalubridade das celas. Essa realidade, além de gerar situações vexatórias e humilhantes aos encarcerados, pode levar ao desenvolvimento de doenças gastrointestinais e infecções de natureza grave.

Assim, em um recente estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgado em 2023, 62% das mortes de presidiários no cárcere são decorrentes de doenças diretamente relacionadas à superlotação, como insuficiência cardíaca, tuberculose e pneumonia. E a violência dessas situações não tem seu fim com a morte da pessoa encarcerada, porque o mesmo relatório do CNJ indica que muitas dessas mortes são descritas em documentos oficiais como "naturais" sem o procedimento correto, fruto da negligência do sistema em garantir um mínimo de dignidade através da saúde a essas pessoas (Galvão, 2023).

Ainda, o referido relatório apontou outras situações decorrentes da superlotação das celas e sua insalubridade. Dentre essas situações estão as chances de uma pessoa presa contrair tuberculose ser 30 vezes maior do que as chances de uma pessoa não encarcerada contrair a mesma doença; e, no mesmo sentido, as chances de morte por enfraquecimento extremo dessa parcela da população se mostra de 1.350% maior do que para pessoas não presas.

Além disso, outro dado importante desse mesmo levantamento do CNJ diz respeito à quantidade de presos provisoriamente no Sistema Prisional Brasileiro, uma vez que esta parcela corresponde a cerca de 41% (quarenta e um por cento) de toda a população carcerária. A expressiva quantidade de presos provisórios no Brasil destaca a morosidade do sistema judiciário, onde os processos se prolongam por anos, mantendo os acusados à espera de julgamento por longos períodos atrás das grades. Esse, apesar de ser mais frequentemente enquadrado como um problema judicial, também pode ser enquadrado aqui como uma violação a um Direito Fundamental, garantido pela Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), a duração razoável do processo.

Nesse sentido, o advogado e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Dr. David Teixeira de Azevedo destaca que essa situação é inadmissível não só por sua violência, como também por existirem normas legais que preveem atitudes diferentes que não são respeitadas. A exemplo, o advogado cita a Lei de Execução Penal (nº 7.210/1984), a classifica como muito boa, mas que se apresenta como uma "utopia jurídico-punitiva", uma vez que não é aplicada (Galvão, 2023).

Nesse sentido, em outubro de 2023, ocorreu o evento *A leitura nos espaços de privação de liberdade – Encontro nacional de gestores de leitura em ambientes prisionais*, na Biblioteca Nacional (Rio de Janeiro). Esse evento contou com a participação do então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, Luís Roberto Barroso. Na ocasião o jurista proferiu diversas falas apontando grande preocupação com a violação aos Direitos Humanos que vigora no sistema prisional.

"O sistema prisional brasileiro é, talvez, um dos temas mais difíceis e complexos e uma das

maiores violações de direitos humanos que ocorre no Brasil", ressaltou Barroso, além de reiterar o entendimento que havia recém sido proferido pelo STF, de que há um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário. Isso quer dizer que não é uma falha pontual e sim uma massiva violação de um conjunto de direitos. A superação exige esforço coletivo e prolongado (Lourenço, 2023).

A fala do Ministro não se restringiu a isso, ele ainda declarou que o aprisionamento pressupõe a restrição ao direito de liberdade, e não à violação aos direitos de se alimentar, de viver em um ambiente limpo, e de acessar a entretenimentos. Portanto, fica clara a gravidade da situação vivida hoje pelas pessoas encarceradas, além da existência de uma preocupação com ela.

Ainda, ressalta-se a necessidade de se discutir dados sociodemográficos tangentes ao sistema prisional brasileiro. Sobre isso, o relatório mais recente do SISDEPEN demonstra que a faixa etária de maior número de presos é de 35 a 45 anos, além da discrepante maioria ser homens e quase 50% de toda a população, incluindo homens e mulheres, são pardos. Ademais, dentre os diferentes níveis de escolarização, quais sejam: fundamental incompleto, fundamental completo, médio incompleto e completo, superior incompleto e completo e acima de superior completo, destaca-se que 50% de todos os presos têm o nível fundamental incompleto, o que totaliza 290.754 presos (SISDEPEN, 2024).

Esses dados ressaltam um padrão sociodemográfico existente no perfil do "encarcerável" no Brasil, não se tratando de dados precisos quanto a padrões daqueles que mais cometem crimes. Na verdade, esses dados evidenciam o padrão daqueles que mais interessam ao Estado e a sociedade que sejam presos.

Para Monteiro e Cardoso (2013), o aumento do encarceramento da população pobre atribui ao sistema prisional brasileiro o título de "aspirador social", já que as políticas criminais ora adotadas visam muito mais a criminalização e repressão da pobreza, do que a diminuição das ocorrências criminais. Para o autor, o baixo nível de escolaridade do perfil do preso no Brasil demonstra a sua utilização como ferramenta de controle do mercado de trabalho. Isso porque com o aumento gradual da qualificação necessária ao ingresso no mercado de trabalho ocorrida nos últimos anos, aliada à falta estatal no que diz respeito à educação e incentivo efetivo à qualificação de pessoas que já ocupam posição de vulnerabilidade social, as pessoas "desqualificadas" ao mercado de trabalho atual restam à margem do desemprego ou do trabalho precário, estando, portanto, muito mais suscetíveis à criminalidade como forma de sobreviver.

O perfil racial da população carcerária evidencia, também, o racismo estrutural presente na sociedade brasileira. Para Tatiane Vargas (2020), é evidente o caráter racista da política carcerária, não só em razão do maior número de presos negros, mas também em razão da maior gravidade das penas a eles aplicadas. As prisões brasileiras se reafirmam, a cada ano, como um lugar para negros, revelando a construção historicamente estruturante das relações de dominação e marginalização racial constatadas na realidade socio-política brasileira.

O perfil predominantemente masculino, por sua vez, deve-se à ótica patriarcal que permeia intrinsecamente as relações sociais na conjuntura brasileira atual — inclusive àquelas relacionadas ao crime. Ana Elisa Bechara, doutora e vice-diretora da Faculdade de Direito da USP, em entrevista ao Jornal da USP (2023), aponta que os crimes mais cometidos por mulheres são aqueles relacionados ao tráfico de drogas. Isso porque, como as organizações e estruturas voltadas à prática desse crime também são marcadas pelo patriarcado, geralmente as companheiras dos homens que ocupam posições de liderança nesses espaços os substituem quando estes são presos ou promovidos, assumindo a continuidade de suas atribuições e, eventualmente, sendo também encarceradas.

Dessa forma, como dito pelo Barroso, é necessário aprisionar sem desumanizar. E, para isso, é necessário que sejam efetivados os meios de controle dos Direitos Humanos no sistema prisional, e talvez que sejam estabelecidos mais.

4. MEIOS DE CONTROLE DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

4.1 VIÉS DOUTRINÁRIO E SOCIOLÓGICO ACERCA DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASIEIRO

Zaffaroni, em seu Manual de Direito Penal Brasileiro (2008), desenvolve o "princípio da coculpabilidade", conceito que se refere à partilha da culpa de uma infração penal entre o infrator e o Estado. O autor elucida que, ao deixar grande parte da população à margem da sociedade, vítima da pobreza, violência e marginalização, o Estado acaba por falhar com seu compromisso positivo de garantir os direitos fundamentais do indivíduo, expondo-o a situações indignas que — inevitavelmente — influem na prática de condutas consideradas criminosas. Dessa forma, deve também ser reconhecida a sua responsabilidade, diluindo-se, portanto, a culpa pelos crimes entre particular e Estado.

Embora de adoção minoritária pela jurisprudência brasileira, a premissa sob a qual se funda a co-culpabilidade — isto é, a de que as infrações penais são cometidas, em grande parte, por uma falha do Estado em sua dimensão social — deve nortear a formulação e a execução de políticas públicas que fiscalizem e promovam os direitos humanos no sistema prisional brasileiro. A promoção dos direitos humanos no sistema penitenciário não é um favor que se faz ao preso, mas obrigação legal decorrente da falha estatal de suprir as demandas sociais.

4.2 VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Nesse sentido, é importante lembrar que o Brasil foi condenado pela Corte Internacional de Direitos Humanos a promover a garantia dos direitos humanos e reverter a situação indigna das pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís/MA. A resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014 reconhecia o estado degradante da unidade prisional, com base em informações recebidas sobre a morte de 40 detentos de forma violenta, em razão de conflitos entre facções. Determinou-se, assim, que o governo adotasse todas as medidas necessárias para assegurar a integridade física e psicológica dos presos e funcionários da unidade.

Semelhantemente, o STF, no julgamento da ADPF 347 (Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 19.12.2023), proferido pelo Tribunal Pleno, reconheceu o estado de coisas inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro, em razão da violação massiva aos direitos fundamentais no sistema carcerário. Para Pereira, essa violação ocorre não só quanto à superlotação dos estabelecimentos prisionais, mas também em relação à supressão do direito à vida, à integridade física e psicológica e ao direito de não sofrer penas crueis ou degradantes (Pereira, 2017, p. 167–190).

Nesse sentido, destaca-se que entre janeiro e junho de 2024, foram registradas 100 mortes de presos em prisões dos sistemas penitenciários estaduais causadas por atos criminosos. Esse fato corrobora com a demonstração de que os estabelecimentos prisionais violam os direitos humanos dos presos, nesse caso ao não conseguirem fornecer a mínima segurança da população carcerária dentro dos mesmos (SISDEPEN, 2024).

Nesse sentido, percebe-se, a nível geral, a absoluta indignidade dos presos no sistema carcerário brasileiro. A CRFB/1988, em seu art. 5º, XLIX, diz que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Percebe-se, no entanto, o evidente e inaceitável estado de precariedade das instituições prisionais. De acordo com um levantamento do jornal "O Globo", com base em dados do Ministério da Justiça, 25% da população carcerária brasileira está além da capacidade do sistema (Bandeira, 2023).

A doutrina jurídica tradicionalmente ensinada nos cursos de direito ensina que a finalidade do direito penal é a de "proteger bens jurídicos". Essa proteção se daria por meio de (i) "prevenção geral", ou seja, intimidar a sociedade para que não cometa crimes, através da punição individual, e (ii) por intermédio de "prevenção específica", ou seja, prender o indivíduo, a fim de evitar que o sujeito infrator pratique novos delitos.

Entretanto, a partir de um viés crítico, é possível verificar que tal função não passa de mera finalidade declarada, ideológica, que não corresponde à realidade. Nilo Batista, em sua "Introdução Crítica ao Direito Penal", afirma que a finalidade verdadeira, latente, não declarada do direito penal é a de promover a manutenção do , controlar as classes sociais dominadas e promover a marginalização de opositores políticos.

Dessa forma, é importante frisar que, a partir de uma vertente crítica e abolicionista, é impossível conciliar completamente a ideia de garantia aos direitos humanos, com o próprio sistema carcerário, que foi criado e pensado para manter o estado de dominação e subserviência das classes menos favorecidas.

Há, entretanto, que se reparar que não há perspectiva real para o abolicionismo penal no Brasil. Ferrajoli, garantista penal, defende que diante da impossibilidade fática da abolição completa da prisão, há que apegar-se em uma perspectiva garantista do direito penal, voltada à minimização e contração do direito penal (Ferrajoli, 2002). Dessa forma, é necessário que se volte à realidade, ainda que imperfeita e não ideal, a fim de, a partir de uma possibilidade factível e viável, promover-se a garantia dos direitos humanos no sistema carcerário.

É, portanto, a partir desta ótica que será feita a análise sobre os meios de fiscalização dos direitos humanos no Brasil: A própria existência da prisão incorre na violação dos direitos humanos. Entretanto, diante da impossibilidade fática atual de sua abolição, há de filiar-se a uma corrente garantista penal, a fim de fazer o melhor, de acordo com a realidade "crua".

Além dos sofrimentos sofridos pela população carcerária em geral, faz-se uma ressalva quanto a incidência de violações específicas, a partir de uma ótica de interseccionalidade, na qual a condição de preso é agravada pela acumulação de mais fatores de vulnerabilidade social: pobres, mulheres, negros, indígenas, PcDs, população LGBTI+, etc. Nesse sentido, é necessário perceber que essas violações específicas merecem atenção específica, voltada a gerenciar os direitos de pessoas que se enquadram em grupos de minorias no contexto específico do sistema prisional — as quais, por uma delimitação temática, não serão analisadas profundamente no presente artigo.

4.3 MEIOS DE CONTROLE DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O art. 64, da Lei de Execução Penal, estabelece a criação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, cuja atribuição, dentre outras, é a prevista no inciso VIII:

> Inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento.

Além disso, também estabelece a figura do "patronato", responsável por fiscalizar o cumprimento das penas e orientar os condenados a penas restritivas de direitos (arts. 78 e 79).

Ainda, no ano de 2007, o Estado Brasileiro ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas – ONU, criando, com o fito de cumpri-lo, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), por meio da Lei nº 12.847/2013. O MNPCT atua por meio da elaboração de relatórios periódicos de peritos sobre estabelecimentos penais e instituições congêne-

res. Caso se verifique alguma violação, os peritos encaminham relatórios com recomendações às autoridades competentes, que, no entanto, não são obrigadas a observá-los.

Semelhantemente, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Resolução nº 96/2009, os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMF, cuja função, dentre outras, é a de

> Art. 5º, V - fiscalizar e monitorar as condições de cumprimento de pena, de medida de segurança e de prisão provisória e supervisionar o preenchimento do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), com a adoção das providências necessárias para observância das disposições legais aplicáveis e para assegurar que o número de pessoas presas não exceda a capacidade de ocupação dos estabelecimentos;

Esses grupos funcionam de forma descentralizada, sendo criados pelos próprios Tribunais de Justiça, em âmbito local, para monitorar e fiscalizar o sistema carcerário.

Ademais, o Provimento nº 56/1985 da Ordem dos Advogados do Brasil Nacional dispõe sobre a criação das comissões seccionais de direitos humanos. De acordo com o art. 6º, compete a ela:

> a) receber notícias e queixas de violações de direitos humanos, procedendo a sumária sindicância, entrevistas com os interessados, entendimentos com as autoridades públicas e qualquer outro procedimento adequado, visando à elucidação das denúncias apresentadas, especialmente, quando for o caso, provocar a iniciativa do Ministério Público ou da Secretaria de Segurança ou do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, nesta última hipótese, através da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Federal;
>
> b) elaborar trabalhos escritos, emitir pareceres, promover seminários, palestras, pesquisas e outras atividades que estimulem o estudo, a divulgação a respeito dos direitos humanos;
>
> c) manter permanente contrato com a Comissão de Direitos Humanos do Conselho Federal, informando-o das denúncias e queixas de violações de direitos humanos, que lhe forem apresentadas, bem como as diligências realizadas, no sentido de colaborar com o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em suas funções de membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana;
>
> d) cooperar e promover intercâmbio com outras organizações em cujos objetivos se inclua a defesa dos direitos humanos;
>
> e) criar e manter atualizado um centro de documentação onde sejam sistematizados dados sobre as denúncias e queixas de violações de direitos humanos.

Apesar de não existir uma comissão específica para tratar das violações específicas de direitos humanos sofridas pelas pessoas privadas de liberdade, é possível que tais demandas tenham participação da entidade em sua resolução. Na seccional de Santa Catarina, não há qualquer notícia sobre a atuação da referida comissão quanto à proteção dos direitos humanos nos estabelecimentos prisionais. Depreende-se, portanto, que as funções da comissão, ao menos no referido Estado, tendo por base as notícias veiculadas no próprio site, não estão tendo efetividade quanto às violações específicas de direitos humanos sofridas pelos presos.

Em âmbito federal, também não há órgão ministerial para tratar especificamente das violações sofridas pelos presos. Todavia, o art. 28, da Lei nº 14.600/2023, instituiu o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, cujas atribuições são:

> I - políticas e diretrizes destinadas à promoção dos direitos humanos, incluídos os direitos:
>
> a) da pessoa idosa;
>
> b) da criança e do adolescente;
>
> c) da pessoa com deficiência;
>
> d) das pessoas LGBTQIA+;
>
> e) da população em situação de rua; e
>
> f) de grupos sociais vulnerabilizados;
>
> II - articulação de políticas e apoio a iniciativas destinadas à defesa dos direitos humanos, com respeito aos fundamentos constitucionais;

> III - exercício da função de ouvidoria nacional em assuntos relativos aos direitos humanos;
>
> IV - políticas de educação em direitos humanos, para promoção do reconhecimento e da valorização da dignidade da pessoa humana em sua integralidade;
>
> V - combate a todas as formas de violência, de preconceito, de discriminação e de intolerância; e
>
> VI - articulação, promoção, acompanhamento e avaliação da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, destinados à promoção e à defesa dos direitos humanos.

Apesar de não haver menção expressa aos direitos das pessoas privadas de liberdade no texto da lei — o que se faz necessário, em face das diversas violações aos direitos das pessoas privadas de liberdade internacionalmente e nacionalmente reconhecidas por entidades jurídicas —, pesquisou-se no site de notícias do referido Ministério pela palavra-chave "presídio". Disso, resultaram 176 notícias que abordam as violações aos direitos humanos nos presídios e algumas ações para reverter a problemática em âmbito nacional. Dentre outras ações, foram realizadas "caravanas" de fiscalização aos direitos humanos nos presídios, apresentação de documentário sobre a realidade prisional, manifestações favoráveis à aprovação de legislação de proteção aos direitos das pessoas privadas de liberdade e debates sobre políticas de desencarceramento (Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2024).

Apesar da existência destas e de algumas outras medidas, percebe-se, no entanto, a inefetividade prática das tais. Importante frisar, além disso, que a medida mais efetiva continua sendo a promoção da igualdade social, bem como o fortalecimento de um Estado que consiga suprir as demandas dos cidadãos e, principalmente, a mitigação do direito penal e a despenalização de tipos penais de menor potencial ofensivo, como os crimes patrimoniais em geral, priorizando-se, dessa forma, a resolução dos problemas por vias extrapenais.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, evidencia-se a urgência de medidas eficazes para combater as diversas violações aos direitos humanos que ocorrem no Sistema Prisional Brasileiro. A superlotação dos presídios, a morosidade do Judiciário na resolução dos conflitos e as condições degradantes não podem ser "varridas para debaixo do tapete".

Historicamente, o Estado tem falhado em cumprir o seu papel de garantidor da dignidade da pessoa humana, sobretudo em relação às pessoas privadas de liberdade. Além disso, a ascensão do sistema prisional moderno está ligada diretamente à necessidade de controle social, em prejuízo, muitas vezes, dos direitos individuais dos detentos.

Ainda, a análise sobre os dados sociodemográficos relativos à população carcerária permite concluir que o preso, no Brasil, possui cor, gênero e escolaridade. O perfil do preso — homem, negro e sem sequer ensino fundamental completo — revela as mazelas do racismo e elitismo presentes na sociedade brasileira, bem como o patriarcado que permeia as relações sociais — inclusive aquelas voltadas ao crime. Tudo isso, aliado à falta estatal, agrava ainda mais o estado de violações aos direitos humanos nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

É importante reconhecer que as medidas de controle dos Direitos Humanos existentes, embora formalmente estabelecidas, têm se mostrado insuficientes. A criação de órgãos de fiscalização e a ratificação de tratados internacionais são etapas importantes, porém, sua efetividade na prática tem sido questionável. Assim, a pesquisa, ao final, demonstra que sim há mecanismos legais para proteção dos direitos humanos. Entretanto, esses mecanismos, por diversos motivos, não têm sido eficientes nas garantias dos direitos fundamentais.

Semelhantemente, a falta de políticas públicas também se revela como importante fator de perpetuação do crime enquanto fenômeno social, diante da desassistência do Estado em face aos direitos mínimos dos cidadãos. Portanto, a promoção dos direitos humanos e de condições existenciais dignas deve guiar as políticas penais, acima de tudo.

Em âmbito estadual, sugere-se uma atuação mais forte da Comissão de Direitos Humanos da Seccional da OAB de Santa Catarina. Por sua vez, a nível federal, sugere-se também a menção expressa da proteção aos direitos das pessoas privadas de liberdade no rol do art. 28 da Lei nº 14.600/2023, diante do alto número de violações ocorridas historicamente no Brasil, as quais, relembre-se, foram reconhecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347, com o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" do sistema prisional brasileiro.

Por fim, a própria despenalização, enquanto efetivação prática do direito penal como ultima ratio deve balizar o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a fim de manter à órbita do direito criminal apenas aqueles bens efetivamente de maior importância. Dessa forma, é apenas a partir de um esforço coletivo e persistente que será possível superar o paradigma atual e cumprir o art. 3º, I, da CRFB/1988, um dos objetivos da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *Sistema prisional é uma das maiores violações de direitos humanos no Brasil, diz presidente do STF e do CNJ*. 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sistema-prisional-e-uma-das-maiores-violacoes-de-direitos-humanos-no-brasil-diz-presidente-do-stf-e-do-cnj. Acesso em: 30 maio 2024.

BANDEIRA, Karolini. *Presídios brasileiros têm lotação 25% superior a capacidade total; governos terão que apresentar soluções ao STF*. O Globo. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/10/06/presidios-brasileiros-tem-25percent-a-mais-de-detentos-do-que-capacidade-total-governos-terao-que-apresentar-solucoes-ao-stf.ghtml. Acesso em: 3 ago. 2024.

BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. [S.l.]: SRV Editora LTDA, 2017. E-book. ISBN 9788547220389. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547220389. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 4 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei nº 12.847, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 14.600, de 4 de janeiro de 2023. Altera a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre regras de benefícios previdenciários. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. DJ, 9 set. 2015.CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 14 de outubro de 2014*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

DA SILVA, Camila Rodrigues; *et al. Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo*. G1 Monitor da Violência, Brasil, 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml. Acesso em: 1º maio 2024.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Quantidade de incidências por tipo penal*. Brasília: Imagem, 2021. 9 slides, color. Disponível em: https://app.powerbi.com. Acesso em: 5 maio 2024.

DOTTI, René Ariel. *A reforma do sistema de penas – antigos e novos desafios 20 anos depois*. Boletim IBCCRIM, n. 140, jul. 2004. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/169-140—Julho-Esp.—2004. Acesso em: maio de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FELTRAN, Gabriel. *Irmãos*: uma história do PCC. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 104.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Lisboa: Edições 70, 2014.

GALVÃO, Julia. *Cerca de 62% das mortes em prisões brasileiras são causadas por doenças*. Disponível em: https://jornal.usp.br/radio-usp/cerca-de-62-das-mortes-em-prisoes-brasileiras-sao-causadas-por-doencas. Acesso em: 15 jul. 2024.

INSIGHTS CONFIÁVEIS. *A violação dos Direitos Humanos no sistema penitenciário brasileiro*. 2018. Disponível em: https://blog.unyleya.edu.br/vox-juridica/insights-confiaveis4/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-penitenciario-brasileiro. Acesso em: 30 maio 2024.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT*. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/orgaos-colegiados/mnpct/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct. Acesso em: 10 jun. 2024.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/search?SearchableText=pres%C3%ADdio. Acesso em: 3 ago. 2024.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 167-190, jul./dez. 2017. Disponível em: https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206. Acesso em: 3 ago. 2024.

REIS, Thiago; VELASCO, Clara. *Raio X do sistema prisional em 2019*. G1 Monitor da Violência, Brasil, 2019. Disponível em: http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional. Acesso em: 1º maio 2024.

SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (coord.). *Criminologia no Brasil*: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2011.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIS. *Relatório de informações penais*. [s.l: s.n.]. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1o-semestre-de-2024.pdf.

SOUZA, Kelly Ribeiro Felix de. O sistema penal como instrumento de controle social: O papel da pena privativa de liberdade. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. e-ISSN: 2526-0065. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 170, jul/dez. 2015.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta*: siglos XVI, XVII, XVIII. Madrid: Ed. Tecnos, 1969. 479 p.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1 – Parte Geral*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUIDAR É VERBO TRANSITIVO: O ABANDONO AFETIVO COMO ÓBICE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A LUZ DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.887.967/RJ

Maíra Gabrielle Nogueira Gomes[*]
Letícia Gondim Guilherme[**]

1. RELATO DO CASO

A matéria acerca do abandono afetivo foi alvo de controvérsias jurisprudenciais ao longo dos anos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 2005, quando um dos primeiros casos que versava sobre esse assunto chegou ao Superior Tribunal, a Quarta Turma julgou pela impossibilidade de indenização por dano moral em virtude de abandono afetivo, alegando que não seria cabível a indenização por não haver obrigação de amar, sendo essa jurisprudência pacificada até o ano de 2012. Desta feita, em maio de 2012, o STJ passou a entender a questão do abandono afetivo sob outra ótica, a de que "amar é faculdade, cuidar é dever", elucidando a Ministra Nancy Andrighi que os pais possuem o dever legal e jurídico de cuidado para com seus filhos. O amor é subjetivo e se faz presente na seara metajurídica, sem precisar de valoração; já o cuidado, no entanto, é passível de observância objetiva, podendo ser comprovado o seu cumprimento. Desse modo, o abandono afetivo se configura como violação direta a esse dever, devendo-se levar em consideração que, a toda lesão a um bem jurídico, no caso, ao cuidado, implica em ilicitude civil e, por consequência, indenização por dano moral (Cavalieri Filho, 2023, p. 140–141).

Nessa esteira de entendimento, o Recurso Especial n° 1.887.967/RJ, objeto de análise deste trabalho, trata de um caso de abandono afetivo por parte do genitor que possibilitou a compensação por danos morais à filha. O caso emblemático é recorrentemente comum na realidade. Os genitores da recorrente, em 2005, romperam a relação de união estável que possuíam quando a criança detinha 6 anos de idade, e ainda que haja uma vasta proteção legal para que nesses casos a criança não seja atingida, a recorrente sofreu os impactos da separação, de modo que a relação harmoniosa que dispunha com o genitor foi abalada.

Nesse sentido, o recorrido rompeu abruptamente com os deveres afetivos que tinha com a filha, que na época possuía tenra idade, e que se desenvolveu buscando razões para a rejeição que o genitor adquiriu por ela. Ademais, a situação impactou de tal maneira que a recorrente precisou de tratamentos psicoterápicos desde os 11 anos de idade, sofrendo, também, com eventos somáticos em razão do abandono do genitor.

Dessa forma, a recorrente, devidamente representada por sua mãe, ajuizou em 2013 uma ação de reparação de danos em decorrência do abandono afetivo do genitor, a ação na qual pleiteou o custeio do tratamento psicológico e o pagamento dos danos morais em um valor não inferior a R$ 50.000,00. Todavia, o juízo competente na época julgou o pedido parcialmente procedente, fixando os danos morais em R$ 3.000,00 e indeferindo o requerimento de custeio do tratamento psicoterápico.

Feita a apelação pela recorrente, para que houvesse um aumento em seu quantum compensatório, esta também não foi provida, de modo que o acórdão se filiou à tese de que o dever de cuidado se resume ao sustento, guarda e educação dos filhos, logo, a ausência do afeto não seria

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Membro do Projeto de Extensão *Agora - Consultoria Jurídica*. Ex-extensionista do Projeto de Extensão *Direitos Humanos na Prática*. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7195066931484407. E-mail: mgbrielle9@gmail.com.

** Técnica em Informática integrada ao Ensino Médio pelo Instituto Federal do Rio Grande do Norte. Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Extensionista do Projeto de Extensão *Direitos Humanos na Prática*. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8961646816135765. E-mail: leticiagondimc@gmail.com.

um ilícito. Por fim, levada a causa para o Superior Tribunal de Justiça, sob o REsp n° 1.887.967/RJ, este acolheu parcialmente o recurso, aderindo à tese de que não há restrições normativas para que se apliquem os regramentos da responsabilidade civil, sendo também pauta de deliberação, no caso, o dano material pleiteado pela recorrente.

Quanto ao dano material, a Relatora permaneceu com o entendimento feito na sentença originária, uma vez que a ação de alimentos já contemplava a matéria de custeio do tratamento psicoterápico da recorrente, fato esse confirmado pela filha no referente processo, de maneira que tal matéria deveria ser objeto de deliberações e eventuais execuções no processo em que tratava da temática originalmente.

Noutro viés, utilizando-se da inteligência dos arts. 186 e 927 do Código Civil (Brasil, 2002), tal REsp trouxe a afirmação, por unanimidade, de que é juridicamente possível a reparação por danos morais pleiteada pelos filhos em face dos pais, em caso de abandono afetivo. Na decisão, o juízo solucionou questão controvertida quanto ao dever jurídico do cuidado, voltada ao exercício da parentalidade de forma responsável.

2. RESUMO DOS CRITÉRIOS DE FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO

O afeto é princípio jurídico norteador das relações familiares e tal responsabilidade deve ser cumprida e respeitada, em especial para os pais, de modo que o dever jurídico da parentalidade responsável não se resume ao caráter material, mas também ao amparo da assistência moral e psicológica, emergindo, caso haja descumprimento a esse dever, indenização (Pereira, 2015, p. 408).

Assim, o dever jurídico da parentalidade responsável possui como finalidade máxima, e tal fato é pontuado pela Ministra Relatora, a concretização dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o desenvolvimento pleno na infância e na adolescência, que deve ser livre de qualquer forma de negligência, opressão e violência, conforme art. 5° do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA (Brasil, 1990). Nesse cenário, a legislação pátria, também no dispositivo supramencionado, afirma que será punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o que revela, de forma categórica, a possibilidade dos pais serem responsabilizados civilmente pelos danos causados aos filhos, tanto pela sua posição de expectativa do cuidado, na esteira da omissão, quanto por infligir dor — física e psíquica —, no campo da ação.

Para a condenação por indenização em razão de abandono afetivo, é necessário comprovar a violação do cuidado por parte dos pais — podendo ser uma conduta omissiva ou comissiva —, a existência do dano e o nexo de causalidade. Na situação em análise, é possível perceber tais elementos. Assim, é nítida a conduta danosa do genitor em face da filha, demonstrada por esta na inicial e corroborada pelo laudo pericial, ficando comprovado que, em razão das ações e omissões do pai, a filha sofreu com quadros de ansiedade, traumas psíquicos e sequelas físicas desde tenra idade, quando teve seu vínculo de afeto abruptamente rompido pelo genitor, vindo a, com 11 anos de idade e por muito tempo, necessitar de acompanhamento psicoterápico, no que ficou evidenciado dano psicológico capaz de modificar seu livre desenvolvimento pessoal.

Ademais, também foi abordado o fato de que não prosperam as alegações de não existir o abandono familiar pelo genitor em virtude do cumprimento de sua obrigação em prestar alimentos para a recorrente, uma vez que a obrigação de prestação alimentícia diz respeito ao dever de assistência material, bem como não se justifica o abrupto afastamento da relação entre genitor e a filha, haja vista que o rompimento da união estável que existia entre os pais não implica no descumprimento do dever de desempenhar a parentalidade responsável com a filha, em efetivo exercício do poder familiar, conforme deveres parentais e, por consequência, direito dos filhos, expressos no art. 1632, e no art. 1634 e seus incisos, do Código Civil (Brasil, 2002).

Nessa perspectiva, Pereira (2015, p. 403) estabelece que:

> Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa 'afeição por alguém', 'dedicação'. Afeiçoar significa também 'instruir, educar, formar', 'dar feição, forma ou figura'. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação.

Dessa forma, com o fito de se observar de forma prática o melhor interesse da criança e do adolescente, o dever jurídico dos pais vai além do dever econômico e material. Além disso, observada a necessidade da presença de ação ou omissão, fato danoso, nexo de causalidade e do agente causador, a então relatora Ministra Nancy Andrighi expõe como eles se aplicam ao cenário.

Nesse sentido, todas as provas acostadas aos autos, desde laudos médicos trazidos pela recorrente e laudo produzido por perito judicial, comprovam o dano sofrido pela recorrente devido ao abrupto rompimento da relação paterno-filial, atestados médicos esses que relatam todo o sofrimento da filha em decorrência desse abandono afetivo, de modo que as provas juntadas aos autos pelo recorrido, quais sejam, uma fotografia e quatro mensagens de textos, não são suficientes para desincumbir o genitor de sua omissão.

Desse modo, diante do fato danoso e da omissão afetiva do genitor, restou claro, junto às provas produzidas no processo, o nexo de causalidade, de modo que não se trata de um dano presumido e sim de um dano psicológico concreto. Logo, fez jus a recorrente ao aumento do *quantum* indenizatório, uma vez que a sentença do juízo originário fixou um valor singelo, ainda que comprovada a capacidade econômica do genitor em arcar, sendo assim, foi arbitrado o valor de R$ 30.000,00 pelo dano moral sofrido pela filha.

3. ANÁLISE CRÍTICA

Sérgio Cavalieri Filho se refere ao dano moral como "uma agressão a um bem ou atributo da personalidade", podendo-se complementar a visualização desse dano, no caso em análise, à "dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação — enfim, dor da alma" (Cavalhieri Filho. 2023, p. 105–107). A dor da alma é visível no caso em questão, quando a filha, ao longo dos anos, se culpou pela quebra de vínculo afetivo, não conseguindo entender o ocorrido e sofrendo uma dor imensa pela falta do pai. Essa dor a acompanhou durante toda a vida e a fez sofrer danos em sua personalidade, danos psíquicos, somatizados a sintomas físicos, em razão específica causada pelo abandono afetivo do genitor.

A Constituição Federal de 1988 consagrou como supraprincípio do ordenamento jurídico pátrio a dignidade da pessoa humana, estabelecendo que, em caso de violação a qualquer direito de personalidade, haja indenização, *vide* incisos V e X do art. 5° (Brasil, 1988). Na situação em análise, ocorreu profunda violação à saúde e ao desenvolvimento psíquico da autora que, desde tenra idade, sofre graves abalos em decorrência da ausência do pai, conforme demonstrado nos autos, que causaram danos aos bens integrantes de sua personalidade, ou seja, à sua dignidade humana. Assim, fazem-se presentes, no caso em análise, todos os elementos que configuram a responsabilidade civil subjetiva.

Nesse cenário, a reparação por danos morais é medida que se coaduna com a justiça em caso concreto, e o STJ firmou entendimento essencial para prover a condenação por indenização em vista da violação do dever do pai, que tem o dever jurídico de cuidar, proteger e fornecer todos os meios para o saudável e integral desenvolvimento da criança. Desse modo, em caso de descumprimento desse dever por parte dos genitores, previsto constitucional e legislativamente,

conforme art. 227 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) e art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), emerge a aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil, que podem ser aplicados no âmbito das relações familiares.

Desse modo, em ilustre rematação de seu poder decisório, a Ministra Nancy Andrighi deu provimento à reparação por danos morais no caso, majorando, felizmente, o valor de indenização para R$ 30.000,00. Assim, valendo-se de arquétipo fático, legislativo e constitucional, a ministra aplicou, de forma majestosa, a responsabilidade civil em matéria de Direito de Família.

Da análise, é fato comum que os pais possuem o dever de cuidado para com seus filhos, e a dor infligida pelas ações e omissões causadas pela desídia afetiva não deve passar impune. Nesse sentido, na própria estrutura da língua é possível perceber um paralelo simbólico, de modo que o verbo cuidar é transitivo, ou seja, necessita de um complemento, de um outro, para que seu sentido esteja completo. Isso reflete a essência do ato de cuidar, este só atinge seu pleno significado quando é direcionado a alguém ou a algo, de maneira que o ato não existe sem demandar uma conexão com o outro para se completar plenamente. Dessa forma, o judiciário não obriga a amar, mas a falta de responsabilidade parental, que preconiza a violação à vida plena de uma criança, é matéria que deve ser apreciada com senso de humanidade e vigor, como foi feito pela Terceira Turma do STJ.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1.887.697/RJ. Civil. Processual Civil. Direito de Família. Abandono afetivo. Reparação de danos morais. Pedido juridicamente possível. Aplicação das regras de responsabilidade civil nas relações familiares [...]. Recorrente: : A M B P DE M. Recorrido: M G P DE M. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de setembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021. Acesso em: 27 set. 2024.

FILHO, Sergio C. *Programa de Responsabilidade Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217. Acesso em: 29 set. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo*. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (org.). Responsabilidade Civil no Direito de Família. 1. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. E-book. p.408. ISBN 9788597000689. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597000689. Acesso em: 11 out. 2024.

LEALDADE, HONRA E HONESTIDADE: ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV ENTRE COMPANHEIROS À LUZ DO RECURSO ESPECIAL N° 1.760.943/MG

LOYALTY, HONOR AND HONESTY: ANALYSIS OF CIVIL LIABILITY FOR TRANSMISSION OF THE HIV VIRUS AMONG PARTNERS IN THE LIGHT OF SPECIAL APPEAL NO. 1.760.943/MG

Vitória Sâmara Mendonça de Oliveira[*]
Geovani Lopes de Carvalho[**]

O amor é uma combinação de cuidado, compromisso, conhecimento, responsabilidade, respeito e confiança - Bell Hooks.

1. RESUMO DA JURISPRUDÊNCIA

A análise tem como objeto o Recurso Especial nº 1.760.943/MG, apreciado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão. A decisão trata sobre a responsabilidade civil e a indenização por danos materiais e danos morais no âmbito da relação familiar, mais precisamente, entre companheiros na união estável.

Em apertada síntese, o cerne do julgamento está na ocorrência ou não de violação de dever jurídico de lealdade e respeito na união estável e na possibilidade de imputação de responsabilidade civil ao companheiro que transmite o Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) à companheira que desconhece a sua condição. No caso em análise, as partes conviveram em união estável durante 15 anos, quando a autora da ação recebeu o diagnóstico de câncer. Ao comunicar o fato ao seu parceiro, foi informada que, na verdade, estava contaminada com HIV. A autora, então, concluiu que o seu companheiro foi o agente causador da transmissão do vírus, imputando a ele a culpa pelo fato danoso, uma vez que tinha ciência de que era soropositivo e, mesmo assim, manteve relações sexuais sem preservativo com sua ela.

Ante o exposto, a autora aduz que tal fato ocasionou transtornos psicológicos e prejuízos materiais. Em sentido contrário, o réu sustenta que não há dever de indenizar, uma vez que inexiste a conduta e o nexo de causalidade, elementos da responsabilidade civil. O dever de indenizar foi reconhecido na primeira e na segunda instância do judiciário. No mesmo sentido foi o entendimento adotado no acórdão do STJ, cujos fundamentos passam a ser expostos e analisados à diante.

2. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO

Em primeira análise, é válido ressaltar que há na doutrina divergência acerca da aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, sobretudo porque tal fato vai de encontro à tendência de despatrimonialização do direito de família, no qual as relações pautam-se cada vez mais no afeto do que no próprio vínculo civil e/ou parental entre os membros da entidade familiar (Tartuce, 2024, p. 2). No caso em análise, no entanto, a Quarta Turma do STJ adotou o entendimento pela possibilidade de haver o dever de indenizar nas relações de família, desde que estejam presentes os elementos da responsabilidade civil, a saber: conduta, dolo ou culpa, nexo causal e dano.

Pois bem, é cediço que a responsabilidade civil é dever secundário que surge com o inadimple-

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/5017113580364082. E-mail: vitoria.oliveira60233@alunos.ufersa.edu.br.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/5799092200572908. E-mail: geovanilopesdecarvalho123@gmail.com.

mento de uma obrigação contratual — responsabilidade civil contratual — ou pela quebra de um dever legal previamente imposto pelo ordenamento jurídico — responsabilidade extracontratual. Nesse viés, o artigo 927 do Código Civil de 2002 prevê o ato ilícito como pressuposto da existência de responsabilidade civil, de modo que não há que se falar em obrigação de indenizar sem que se observe a antijuridicidade da conduta do suposto agente agressor. Para Cavalieri Filho (2023, p. 12), "Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente", a existência do dever legal ou contratual é imprescindível à responsabilidade civil.

Nesse sentido, conforme o art. 1.724 do Código Civil de 2002, os companheiros devem observar o dever jurídico de lealdade, respeito e assistência na relação de união estável. A quebra desses deveres contraria o princípio da boa-fé objetiva, pelo qual a lealdade, por exemplo, é um padrão de conduta que se espera nas relações familiares. Não obstante, a responsabilidade civil *in casu* é analisada sob sua natureza subjetiva, cuja configuração depende da prova da conduta dolosa ou culposa do agente, sendo certo que a responsabilidade objetiva só ocorre por previsão legal, o que não se aplica ao caso, como bem pontuado no acórdão em análise, vejamos:

> Com efeito, em relação à responsabilidade civil do cônjuge/companheiro pelo contágio do(a) parceiro(a) com o vírus HIV, o âmbito da responsabilidade será a subjetiva, devendo estar presentes os seus pressupostos: conduta (ação ou omissão) do agente; dolo ou culpa; dano e nexo de causalidade (STJ, REsp 1.760.943/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.03.2019).

In casu, o fato gerador — conduta humana — do dever de indenizar foi a transmissão do vírus HIV pelo companheiro ao outro, que restou provado em fase de conhecimento no juízo de primeiro grau e confirmado pelo TJMG, sendo reconhecida, também, pelo STJ, que considerou incontroverso que o réu transmitiu o vírus à sua companheira.

Quanto à presença ou não de culpa na conduta, o relator aduz que, em se tratando de transmissão do vírus HIV ao parceiro, como no caso em tela, a culpa ou dolo é analisada a partir do conhecimento que o agente causador tem sobre a sua condição soropositiva, como se evidencia no inteiro teor da jurisprudência em questão:

> De fato, o parceiro que suspeita de sua condição soropositiva, por ter adotado comportamento sabidamente temerário (vida promíscua, utilização de drogas injetáveis, entre outros), deve assumir os riscos de sua conduta. Sua negligência, incúria e imprudência - segundo penso - ressoam evidentes quando o cônjuge/companheiro, ciente de sua possível contaminação, não realiza o exame de HIV (o Sistema Único de Saúde - SUS disponibiliza teste rápido para a detecção do vírus nas unidades de saúde do país), não informa o parceiro sobre a probabilidade de estar infectado nem utiliza métodos de prevenção, notadamente numa relação conjugal, em que se espera das pessoas, intimamente ligadas por laços de afeto, um forte vínculo de confiança de um com o outro (STJ, REsp 1.760.943/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.03.2019).

Conforme a jurisprudência em análise, ainda é possível imputar a responsabilidade civil ao companheiro que assume o risco de contrair e transmitir o vírus à sua companheira, como aquele que adota estilo de vida com comportamentos de risco de contaminação, como relacionar-se sexualmente com diversos parceiros sem o uso de proteção. Assim, o companheiro que tem ciência que é ou pode ser portador da AIDS e, mesmo assim, mantém relações desprotegidas com a sua companheira, deve suportar os danos decorrentes da transmissão da enfermidade e ser responsabilizado civil e criminalmente, seja por ação culposa, seja por ação com dolo eventual.

Isso porque a conduta não só transgride o dever jurídico de fidelidade e lealdade recíproca, previsto no art. 1.724 do Código Civil 2002, como viola direitos de personalidade inerentes à dignidade da pessoa humana, quais sejam, o direito à integridade física, à intimidade, à honra e à própria vida da companheira contaminada, frente às gravidades e complicações decorrentes da doença, que perduram

por toda uma vida, razão pela qual, restou caracterizado a ocorrência do dano moral devido à autora.

Por fim, em relação ao elemento nexo de causalidade, o voto do relator considerou configurado o liame causal entre o dano suportado pela companheira contaminada e a conduta do réu, agente responsável pela transmissão do vírus HIV, levando em consideração o seu histórico de comportamentos infiéis no curso da união estável, bem como o fato de este escolher manter relações sexuais desprotegidas ciente de que era e/ou podia ser portador do vírus.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA

Diante disso, passamos à análise dos pontos críticos da decisão. O primeiro ponto que nos chamou a atenção foi a observação que o relator faz em relação à celeuma envolvendo responsabilidade civil nas relações entre cônjuges ou companheiros. Como se sabe, durante muito tempo a doutrina majoritária entendeu que esta não seria cabível, pois as relações familiares estão baseadas num vínculo afetivo e não patrimonial. Ocorre que, em pioneira decisão do ano de 2001, por meio do REsp nº 37.051/SP, a 3ª Turma do STJ reconheceu a possibilidade de um cônjuge indenizar o outro por danos morais, desde que presentes os elementos da responsabilidade civil: conduta, dano, nexo causal, dolo ou culpa (Brasil, 2001).

Desde então, e sobretudo nos últimos anos, os tribunais têm se debruçado cada vez mais sobre casos envolvendo responsabilidade civil entre cônjuges ou companheiros, os quais envolvem desde casos de infidelidade, como na Apelação Cível nº 0002188-78.2007.8.26.0629, de 2012, do TJSP, até casos de inclusão do nome do consorte em cadastro de inadimplentes, como no Agravo de Instrumento n° 70018969071, de 2007, do TJRS (São Paulo, 2012; Distrito Federal, 2020; Rio Grande do Sul, 2007).

Diferentemente da maioria dos casos envolvendo responsabilidade civil entre cônjuges ou companheiros, o caso em análise não tem como cerne a discussão sobre quem deu cabo ao relacionamento, se limitando à questão da transmissão do vírus HIV de um dos parceiros para o outro. Embora não houvesse precedente específico no STJ, já haviam alguns poucos casos análogos em tribunais pelo Brasil e uma das principais dificuldades consiste justamente em estabelecer o nexo causal entre a conduta do parceiro e a infecção do outro.

Essa dificuldade reside no fato de que, como bem afirma Sousa (2016, p. 5), "ser portador do vírus não significa ter AIDS", haja vista que a pessoa soropositiva pode passar anos sem ter nenhum sintoma ou até mesmo nunca desenvolver a doença. Diante disso, como provar que a infecção se deu justamente na relação sexual com o parceiro? Isto é, como provar que a pessoa já não estava infectada antes? Além do mais, as formas de infecção por HIV não se restringem à via sexual, podendo ser adquirido também através de "transfusão de sangue ou utilização de drogas intravenosas", dentre outras (ibidem, p. 13).

No caso em tela, a culpa do autor foi constatada com base nos depoimentos contundentes das testemunhas, que confirmam seu histórico de ter relações extraconjugais com várias pessoas, além do fato de ter, ele mesmo, confessado que tinha HIV e que havia contaminado sua esposa. Diverso é o caso da Apelação Cível n ° 2013.087929-2, de 2014, do TJSC, em que a culpa do réu não ficou comprovada:

> Pleiteada, por ex-cônjuge, indenização por danos morais, sob o fundamento de que o outro consorte lhe transmitiu o vírus HIV durante a constância do casamento, àquele cabe a prova dos fatos, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil. E, tendo a prova testemunhal produzida no feito se revelado extremamente duvidosa, em razão do depoimento de uma testemunha arrolada pela autora ter sido inseguro, impreciso, confuso e, em certos momentos, contraditório, somado ao fato de que a outra testemunha é, para fins legais, suspeita, porquanto admitiu ela ser amiga íntima da parte (CPC, art. 405, § 3°, III), à tal prova não pode ser confiada credibilidade absoluta.(Santa Catarina, 2014).

Outra questão que merece ser levantada é a questão da culpa concorrente da vítima, pois existem

comportamentos de risco que dão ensejo à contaminação por HIV, alguns dos quais são inclusive citados na jurisprudência em análise: pluralidade de parceiros sexuais, uso de drogas injetáveis, etc. Nos chama a atenção que em determinado momento o acórdão utiliza a expressão "grupos de risco", que é extremamente criticada por especialistas e organizações como a UNAIDS (2017, p. 30), pois além de fortalecer o estigma em relação a determinados grupos como os homossexuais, as prostitutas, e os dependentes químicos, "pode criar um falso senso de segurança entre pessoas que têm comportamentos de risco, mas não se identificam com tais grupos", aumentando a possibilidade de contaminação.

Surge então a questão: uma vítima que tem relações sexuais sem proteção, mesmo que com parceiro fixo e ainda que desconheça que seu parceiro tem HIV, poderia ser considerada concorrentemente culpada por sua contaminação, tendo em vista seu comportamento de risco? Acreditamos que esta é uma questão complexa e que sua resposta vai depender dos meandros de cada caso. Neste que estamos analisando, não ficou comprovado que a vítima tinha conhecimento da condição de seu parceiro, nem que tenha utilizado erroneamente o preservativo, não se podendo falar em corresponsabilidade.

Para além dos pontos já mencionados, a questão ganha mais uma camada de complexidade quando consideramos o direito à intimidade, preconizado no art. 5°, inciso X da Constituição. É público e notório o estigma social que assola as pessoas com HIV, tanto que o legislador se preocupou em tipificar como crime a discriminação contra esse público, através da Lei 12.984/2014, que pune inclusive aquele que "divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade" (Brasil, 1988; Brasil 2014).

Diante disso, num conflito entre o direito à intimidade da pessoa soropositiva e o direito à integridade física de seu cônjuge, qual deve prevalecer? Acreditamos que o último, por duas razões: a primeira decorre da gravidade do vírus HIV, o qual não possui cura e pode causar inclusive a perda do direito mais fundamental de todos: a vida. Em segundo lugar, porque uma relação entre cônjuges ou companheiros se pressupõe pautada nos deveres da confiança, lealdade e respeito, de modo que uma informação de tamanha gravidade como esta não pode simplesmente ser omitida, sob pena inclusive de anulação do casamento na hipótese do art. 1557, inciso III, do Código Civil (Brasil, 2002).

Como se percebe, esse ainda é um tema espinhoso, com pouca jurisprudência e que deve ser tratado com muita cautela para que não se caia em moralismos baratos nem se perpetuam preconceitos contra grupos historicamente discriminados, afinal de contas, ao direito cabe apenas garantir que o dano causado seja compensado, jamais intrometer-se na vida sexual alheia. No que diz respeito ao caso em análise, concordamos que o dano moral fica evidentemente comprovado, já que o autor adotou comportamentos de risco, além de ter consciência de sua condição de soropositivo, assumindo o risco de infectar sua parceira.

Consideramos que o quantum indenizatório de R$ 120.000,00 é justo, pois considera precedentes relacionados à contaminação por HIV (não entre cônjuges), além de levar em conta a natureza do dano, o qual incide não apenas sobre a saúde da vítima, mas também sobre sua honra, levando em conta o preconceito que ainda ronda as pessoas soropositivas.

Passemos agora à análise dos danos materiais. No caso em comento, a autora alega ter se tornado inapta para o trabalho após a contaminação pelo vírus, razão pela qual pleiteia a condenação do réu ao pagamento de pensão mensal no valor de R$ 1.200 monetariamente corrigido e atualizado, até que ela complete 75 anos de idade (Brasil, 2019).

Acreditamos que a complexidade do tema exige uma avaliação biopsicossocial do caso concreto, afinal de contas, como bem aponta Souza (2010, p. 05), o direito ao trabalho é um direito fundamental garantido a todo cidadão que esteja apto a exercê-lo, "inclusive ao portador do vírus HIV/AIDS que na fase inicial da infecção possui a capacidade laborativa plena, não devendo ser dispensado arbitrariamente e por mera discriminação". Vale citar aqui a Súmula 78, da Turma Nacional de Uniformização

dos Juizados Especiais Federais, editada no ano de 2014, a qual aduz que, para fins de concessão de benefício previdenciário, "comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença" (Brasil, 2014).

De fato, acreditamos que pensar de modo diverso, associando a simples contaminação pelo vírus à invalidez seria, além de potencialmente injusto, discriminatório. No caso aqui analisado, verifica-se que a autora trabalhava como professora, profissão que continuou exercendo mesmo após a descoberta de sua condição de soropositiva, não havendo, portanto, incapacidade laboral (Brasil, 2019).

Defendemos que uma fundamentação mais eficiente poderia estar ancorada na precariedade do sistema público de saúde no tocante ao atendimento às pessoas com HIV e nos possíveis danos emergentes que a vítima terá ao longo do tratamento, o qual durará para o resto da vida. Entretanto, diante da inépcia das alegações, o tribunal acabou por indeferir os danos materiais, decisão com a qual nos coadunamos.

Diante dos argumentos aqui apresentados, concluímos que a jurisprudência em análise acertou ao deferir os danos morais, pois o réu praticou reiteradamente comportamentos de risco, bem como tinha conhecimento de sua condição soropositiva. Consideramos também acertado o não deferimento dos danos materiais em razão da ineficiência da fundamentação. Resta claro que o tribunal deve julgar com base nos argumentos que foram postos nos autos, caso contrário incorreria em julgamento extra petita, ultrapassando os limites da lide.

REFERÊNCIAS

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 29 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 37.051/SP. Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. Recorrente: Pauline Dib Khairalah. Recorrido: Hanna Sabh Harb. Relator: Min. Nilson Naves, Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=51911&nreg=199300203096&dt=20010625&formato=PDF. Acesso em: 29 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial 1.760.943/MG. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AIDS. RELAÇÃO DE FAMÍLIA. TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV. COMPANHEIRO QUE INFECTOU A PARCEIRA NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL.[...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetPDFINFJ?edicao=0647. Acesso em: 29 set. 2024.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Súmula 78. Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença. Brasília, 11 de setembro de 2014. Disponível em: https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus. Acesso em: 20 fev. 2025.

FILHO, Sergio C. *Programa de Responsabilidade Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. 12 p. ISBN 9786559775217. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775217. Acesso em: 28 set. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (9ª Câmara Cível). Agravo de Instrumen-

to 70.018.969.071/RS. APONTAMENTO DO NOME DA AUTORA PERANTE OS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Agravante: Beloni Vogel. Agravado: Banco Cooperativo Sicredi SA. Relator: Des. Iris Helena Medeiros Nogueira. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&-conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 29 set. 2024.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Rio Grande de Santa Catarina (2ª Câmara Cível). Apelação Cível 2013.087929-2/SC. TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV ENTRE CÔNJUGES. NÃO COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO MARIDO PELA TRANSMISSÃO VIRAL. Relator: Des. Trindade dos Santos Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 29 set. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Rio Grande de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 0002188-78.2007.8.26.0629/SP. Dano moral. Infidelidade da requerida demonstrada [...]. Apelante: Sônia dos Santos. Apelado: Gerosino Monteiro Neto. Relator: Des. Luiz Antonio Godoy, município de São Paulo, 13 de novembro de 2012. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/22630297. Acesso em: 29 set. 2024.

SOUZA, Fabrício de Mendonça. *O direito fundamental ao trabalho do empregado portador do vírus HIV/AIDS*. 2010. 95 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande, Sousa, 2010.

SOUSA, Maria Laura de Melo. A Responsabilidade Civil na Transmissão do Vírus HIV entre Parceiros. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, 2017. Disponível em: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/wp-content/uploads/2017/01/responsabilidade-civil.pdf. Acesso em: 27 set. 2024.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 5*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p. 2. ISBN 9786559649686. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649686. Acesso em: 29 set. 2024.

UNAIDS. *Guia de Terminologia do UNAIDS*. Brasília: Programa Conjunto das Nações Unidas Sobre HIV/AIDS, 2017. 45 p.

CELSO FURTADO: UMA ABORDAGEM NÃO ECONÔMICA DA FORMAÇÃO DO BRASIL

CELSO FURTADO: A NON-ECONOMIC APPROACH TO THE FORMATION OF BRAZIL

*Eduardo Jose Mariuzza**

"Formação Econômica do Brasil" é um livro incontornável para aqueles que seriamente buscam estudar a história brasileira. Não obstante, embora tenha grande relevância, está longe de esgotar a obra de Celso Furtado (1920-2004), que escreveu sobre temas diversos e, sobretudo, intimamente conectados com as contradições do seu tempo.

Fruto da união entre uma família de proprietários de terra, por parte de mãe, com uma de magistrados, por parte de pai, concluiu o curso de Direito em 1944. Iniciando sua carreira como jornalista e funcionário público, envolveu-se com a política, contribuindo para criação de importantes órgãos governamentais, dentre os quais a SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste), entidade em cuja concepção teve grande participação. Teve ainda relevante atuação no governo brasileiro, assumindo o cargo de ministro de Estado do Planejamento, no governo de João Goulart, e de Ministro da Cultura, no governo Sarney.

Lecionou em importantes universidades estrangeiras, dentre as quais pode-se citar Cambridge, Yale e Sorbonne. Atuou também em organismos da Organização das Nações Unidas (ONU), com destaque para a CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe), período em que compôs, junto com outros intelectuais, uma das vertentes de pensamento mais originais e influentes já desenvolvidas no Terceiro Mundo, a Teoria da Dependência.

A versão da obra utilizada para esta resenha refere-se à 32ª edição, publicada pela Companhia Editora Nacional em 2005, e é dividida em cinco partes, por meio das quais o autor se propôs a fazer uma introdução à história econômica brasileira. Contudo, embora seja uma obra dedicada ao estudo da economia, o autor não se restringiu às suas métricas, tratando justamente de descrever os fatores não econômicos determinantes para a condição de subdesenvolvimento que aflige o país. Por essa vereda, o fenômeno jurídico tem papel central na obra, que analisa como as diferentes configurações institucionais influenciaram o processo de formação econômica do Brasil, o que faz com que a sua leitura seja de grande valia para os trabalhos jurídicos, especialmente aqueles que buscam seguir um itinerário interdisciplinar.

De início, o livro se debruça sobre os fundamentos da ocupação territorial, esmiuçando os motivos e o contexto histórico que teriam levado Portugal a estabelecer a sua colônia no território que veio a constituir o Brasil contemporâneo. Como deixa claro já no começo do primeiro capítulo, para o autor, "a ocupação econômica das terras americanas constitui um episódio da expansão comercial da Europa" (Furtado, 2005, p. 18), e é sobre essa premissa que se desenrola a primeira parte da obra.

Narra-se que, no caso das terras apossadas pela Coroa Espanhola, a descoberta de metais preciosos logo no começo teria viabilizado a sua ocupação, possibilitando o estabelecimento de uma atividade econômica capaz de justificá-la. Em relação à colônia portuguesa, por outro lado, a descoberta de metais preciosos deu-se quase duzentos anos após a chegada de Pedro Álvares Cabral. Como as demais potências europeias exerciam pressão sobre aquele território, empreendendo incursões para também ocupá-lo, impôs-se aos lusitanos a necessidade de desenvolver uma atividade que financiasse a custosa proteção daquelas terras. Tal atividade calhou ser a produção de açúcar.

Defende-se que essa escolha não foi fortuita e deveu-se, para além da fertilidade do solo e

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4473868907303187. E-mail: edumariuzza438@gmail.com.

adequação das condições climáticas, ao fato de os portugueses já dominarem as técnicas para a produção desse gênero, a qual já desenvolviam em suas ilhas no Atlântico. A isso soma-se o fato de ser um artigo grandemente apreciado na Europa e que, portanto, tinha um mercado pré-constituído.

Assim, sob regime de monopólio, floresceu, no Nordeste brasileiro, um setor de cultivo de cana-de-açúcar para exportação, o qual se utilizava de técnicas de produção desenvolvidas pelos portugueses e da parceria comercial com os holandeses, que dominavam as vias de comércio intra-europeu. Esse ciclo de prosperidade teve seu auge do final do século XVI ao começo do século XVII, e teve fim quando, após uma série de abalos políticos advindos da guerra entre a Espanha e as Províncias Unidas, que buscavam a sua independência, a cultura canavieira passou a ser desenvolvida nas Antilhas, e os holandeses, que até então vinham operacionalizando o comércio do açúcar da colônia portuguesa, passaram a auxiliar a sua concorrência.

Furtado constata que, tendo como base o trabalho escravo (inicialmente de indígenas, posteriormente substituídos por africanos) e uma enorme extensão de terras férteis disponível, a atividade era excepcionalmente lucrativa. Portanto, com terras, mão de obra e capital, poderia crescer quase que infinitamente, o que só não fez por conta da perspicácia dos comerciantes que, exercendo controle sobre a produção, buscavam mantê-la em um nível correspondente à demanda do mercado europeu, evitando a superprodução.

A alta lucratividade do setor, por sua vez, teria levado aquela economia a um sistema bastante especializado, que, organizado em grandes propriedades e com mão de obra escrava, constituía suas trocas monetárias quase que exclusivamente com o exterior. A renda que entrava era convertida em importações, restando pouca margem para o desenvolvimento de outras atividades. Mesmo assim, no sertão nordestino, logrou-se desenvolver uma economia pecuária, que fornecia carne e animais de tiro para os engenhos, compondo o complexo econômico articulado a partir da região açucareira.

Percebe-se que, em um sistema escravista, os fatores de produção, seja a mão de obra, seja a aparelhagem dos engenhos, comportam-se como capital fixo. Desse modo, uma vez adquiridos os escravos e instalado o engenho, compensava às unidades agrícolas produzir o máximo possível, independente do preço do item exportado. Desta feita, a depressão do preço do açúcar ocorrida com a entrada dos concorrentes antilhanos, embora tenha diminuído consideravelmente a renda da colônia, não provocou mudanças estruturais, mantendo-se intocada a estrutura social e produtiva. O setor pecuário, por sua vez, foi involuindo para a atividade de subsistência, ocupando cada vez mais novas áreas com cada vez menos produtividade e com uma população cada vez mais empobrecida. Essa letargia da economia nordestina teria se estendido até o século XX.

Dessarte, sem um impulso externo, a colônia teria permanecido estagnada até que, no último quartel do século XVII, descobriu-se ouro na região central. O que teria permitido essa descoberta foi a conjugação entre os conhecimentos técnicos provindos da metrópole e a ação de exploradores estabelecidos no Planalto do Piratininga, os quais, sem conseguir viabilizar a produção de um item de exportação, haviam até então se dedicado à caça e à escravização de indígenas no interior do país, o que lhes proporcionou um exímio conhecimento do território.

O ciclo do ouro gerou um grande fluxo de imigrantes europeus para a colônia, tal que estes passaram a constituir a maior parte da população da região, ainda que na atividade se utilizasse mão de obra escravizada. Nota-se que a mineração, diferente da produção açucareira, que só era viável em larga escala, podia ser realizada pela pequena empresa, o que possibilitava maior mobilidade social e melhor distribuição de renda. Isso, acrescido ao fato de ser uma região distante do litoral, teria gerado um fluxo de renda propício ao desenvolvimento do mercado interno, o que teria permitido o fortalecimento do comércio da região aurífera com as demais regiões, especialmente as meridionais, o que teve como resultado a articulação das diferentes porções do território.

Dessa forma, do Rio Grande do Sul provinha gado para a região das Gerais, onde, dada a alta

lucratividade da extração de metais destinada à exportação, havia a tendência de não se desenvolverem outras atividades. Esse comércio se articulava na região do Piratininga, onde igualmente se desenvolveu o setor de produção de alimentos com destino às minas. Esgotadas as reservas auríferas, a economia mineira logo regrediu para a subsistência, porém, não sem deixar a articulação comercial entre as diferentes regiões do subcontinente como legado.

Defende-se que, do último quarto do século XVIII à metade do século XIX, este território, que veio então a se constituir como país, teria passado por dificuldades. Não obstante os ocasionais episódios de desenvolvimento, como o que se deu no Maranhão no final dos setecentos, o cenário foi de estagnação da renda e expansão territorial. Esta se deu principalmente com o crescimento do setor de subsistência, que, sendo menos produtivo que o de exportação, fez a renda média declinar. Teria sido, portanto, nesse período em que o Brasil teria ficado para trás em relação aos demais países que se industrializavam.

Para Furtado, o grande problema era a falta de um item de exportação apto a reinserir o país no comércio internacional, o que inviabilizava o desenvolvimento do setor produtivo interno, que se via sem conhecimentos técnicos nem financiamento para que pudesse dar início à indústria nacional. Nesse sentido, o produto capaz de reanimar a economia brasileira calhou ser o café, cujos produtores, aproveitando-se da grande disponibilidade de terras, principal diferencial do país naquele momento, atendiam a crescente demanda pelo produto nos países que se industrializavam.

O fim do comércio de escravos africanos, contudo, impunha um novo desafio: o problema da mão de obra. Este, conquanto se especule se não poderia ter sido resolvido com a realocação da força de trabalho empregada no setor de subsistência, encontrou solução no incentivo a imigração de europeus, que com a viagem custeada pelo governo paulista e, depois, brasileiro, tinham garantia de emprego nos cafezais que se expandiram para o interior.

Com o país reinserido no comércio internacional, a segunda metade do século XIX teria sido um período de acelerado crescimento. Inaugurava-se, com o café, um novo ciclo de prosperidade impulsionada por exportações. Não obstante, o desenvolvimento do setor cafeeiro teria se dado de forma diferente em relação ao que ocorrera nos demais setores de exportação que haviam surgido para logo em seguida regredir à subsistência ou à letargia secular. O confronto feito entre a sua trajetória e o desenvolvimento do setor extrativo de borracha amazônica, por exemplo, possibilita concluir que na economia cafeeira havia um elemento de diferenciação, que pôde ser atribuído justamente a capacidade dos produtores de instrumentalizar o Estado para perseguir os seus interesses. Ademais, em comparação aos produtores de açúcar, os cafeicultores possuíam maior aptidão para a atividade empresarial, desempenhando um papel ativo na compra de terras, recrutamento de mão de obra e captação de financiamento.

Assim, uma das teses da obra é a ideia de que o processo de industrialização ocorrido no Brasil a partir da década de 30 é um efeito colateral de uma política de defesa dos interesses do setor cafeeiro exportador.

Tratando-se de um item cuja produção se concentrava quase que em um país, há décadas havia se estabelecido um sistema de estoques para controlar os preços do produto, evitando a superprodução. Esses estoques eram financiados com empréstimos estrangeiros, a fim de evitar desequilíbrios externos. Contudo, com a crise que se instaurou no mundo capitalista a partir de 1929, esse mecanismo passou a ser inviável e, para manter o nível de emprego da economia, evitando que as plantações fossem abandonadas e houvesse uma depressão generalizada, o governo passou a financiar os estoques com expansão do crédito.

Considerando a retração na oferta de bens manufaturados no mercado internacional e a disponibilidade de bens de capital de segunda linha, ao manter a atividade econômica aquecida, o governo acabou por incentivar o desenvolvimento de uma indústria nacional voltada à substituição de importações. O caráter substitutivo continuou presente nas décadas seguintes e, em geral, o

crescimento do setor industrial esteve associado a restrições à importação, o que ocorreu na crise dos países industrializados que se arrasta na década de 30, durante a segunda guerra, bem como com a política seletiva de importações que é deliberadamente implantada após o seu fim.

Ao narrar esse panorama geral da história econômica brasileira, a obra formula muitas perguntas, as quais busca responder em cada um dos seus capítulos. Dentre elas, a que se destaca é "por que se industrializaram os EUA no século XIX, emparelhando-se com as nações europeias, enquanto o Brasil evoluía no sentido de transformar-se no século XX numa vasta região subdesenvolvida?" (Furtado, 2005, p. 147).

A comparação com o país norte-americano tem tanta importância que lhe são dedicados três capítulos. Trata-se dos capítulos V e VI, que falam do estabelecimento das colônias de povoamento no Hemisfério Norte e a sua articulação com a economia antilhana, bem como do capítulo XVIII, intitulado "Confronto com o desenvolvimento dos EUA", no qual se comparam os dois países no período em que Furtado atribui como divisor de águas entre as duas nações (último quartel do século XVIII a metade do século XIX).

Ao analisar a história de um país que, embora também tenha se originado como colônia, seguiu uma trajetória tão diferente, busca-se responder, na verdade, a pergunta que constitui o fio condutor de toda a obra furtadiana: quais as raízes do subdesenvolvimento brasileiro?

Para essa investigação, o caminho escolhido foi justamente a História. Furtado, embora nem sempre tenha referenciado explicitamente suas influências, parte das teorias historiográficas mais avançadas de seu tempo, reconstituindo o itinerário que havia sido traçado desde o início da ocupação territorial pelos portugueses, no século XVI, até o processo de industrialização tardia por que o país passava quando o livro foi escrito, no final da década de 1950.

Por esse esforço, buscou-se identificar quais os grupos dominantes em cada época e como estes influenciaram a tomada de decisões. Descreve-se o papel dos comerciantes na economia do açúcar, o perfil daqueles proprietários de terras e sua mentalidade. Da mesma forma se faz em relação a economia mineira, cafeeira e industrial. É aqui que se encontra uma das mais eloquentes teses formuladas sobre as raízes do subdesenvolvimento brasileiro, a qual considera o fator político como determinante.

Confronta-se, pois, a mentalidade da classe dirigente brasileira com a classe dirigente das colônias setentrionais. Almejando aderir ao mais atualizado padrão de consumo dos países centrais, a elite brasileira concentrava seus esforços em exportar gêneros tropicais. Os norte-americanos, por outro lado, ao não conseguirem viabilizar a produção de uma cultura agrícola exportável, viram-se compelidos a sofisticar a sua produção, seja desenvolvendo produtos para o consumo interno ou mesmo artigos que pudessem ser comercializados com as Antilhas. Esse comportamento, embora por si só não a explique, expressa a grande disparidade entre a capacidade de formulação e persecução de soluções entre os dois grupos.

Nesse sentido, ao se questionar se, em um cenário hipotético, seria possível que a elite agrária que dominava o Estado brasileiro no começo do século XIX pensasse e articulasse uma política de desenvolvimento industrial, pode-se concluir, com base nos elementos trazidos por Furtado, que a resposta seria negativa.

Ainda, pode-se supor que, justamente por identificar no papel exercido pelo setor exportador um entrave político tão determinante para a condição brasileira de subdesenvolvimento, a maior parte dos dados analisados pelo autor se refere ao comércio internacional. Não à toa, as variáveis mais recorrentes são o valor da produção agrícola exportada, o preço dos produtos tropicais e suas variações, o valor das importações, o coeficiente de importações, a taxa de câmbio, entre outros. O confronto desses dados com a historiografia até então desenvolvida, levando em conta, ainda, projeções de população em cada época, permitiu-lhe deslindar os efeitos causados

pela variação do fluxo monetário decorrente de exportações na renda geral da população e, por conseguinte, os movimentos que isso ocasionava. Esses movimentos, por seu turno, estiveram sobremaneira ligados ao regime de mão de obra (escrava ou assalariada) e propriedade da terra.

Nada obstante, ao se colocar o problema em outros termos, pode-se questionar, ao invés de como o setor exportador exerceu seu domínio político, o porquê de o setor de subsistência não ter sido capaz de se organizar politicamente e disputar os rumos da nação. Nesse sentido, a descrição deste setor fornecida por Celso Furtado é insuficiente para que se chegue a conclusões definitivas, pois, embora este segmento seja muito mencionado, não há uma descrição detalhada sobre as suas características e a sua forma de organização. Pode-se, assim, especular até que ponto a posição privilegiada que ocupa o setor exportador nos estudos de Furtado não se deve, na verdade, à facilidade de encontrar dados, que, registrados em documentos oficiais por conta da atividade alfandegária, tornaram possível o desenvolvimento da investigação, enquanto, em relação ao desenvolvimento do setor de subsistência os dados seriam mais escassos.

Por fim, pode-se concluir que o livro, embora apresente de forma brilhante os problemas que entrecruzam a temática do subdesenvolvimento e suas raízes históricas no Brasil, não fornece respostas definitivas para os problemas que levanta, o que sequer se propõem, pois, em sua essência é um livro introdutório. Contudo, não se limita a isso, abrindo questionamentos que podem e devem ser explorados mais a fundo por quem se propõe a pesquisar a problemática a partir das mais diversas áreas do conhecimento. Os ensinamentos de Furtado não deixam dúvidas quanto ao caráter interdisciplinar do subdesenvolvimento que, para além das métricas estritamente econômicas, estende suas raízes sobre as questões históricas, políticas, constitucionais e jurídicas.

REFERÊNCIAS

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005. 339 p.

É POSSÍVEL CHEGAR AO SIM?: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)EFETIVIDADE DA NEGOCIAÇÃO BASEADA EM PRINCÍPIOS

*Christian Souza Pioner**

A lei do forte, essa é a nossa lei e a alegria do mundo - Raul Seixas, 1974.

Publicado originalmente em 1981, com revisões posteriormente lançadas em 1991 e 2011, *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões* apresenta a proposta desenvolvida por Fisher *et al.* (2005) para tratar de maneira diferenciada todo tipo de negociação, sejam elas realizadas entre nações sobre, por exemplo, a questão nuclear, ou sejam as presentes no cotidiano dos casais de todo o mundo, como acerca da escolha do restaurante para o almoço de domingo. Os autores identificam que, na maior parte dos casos, persiste aquilo que chamam de *barganha posicional*, que consiste na ponderação precedente que cada parte realiza acerca de uma dada situação e que, a luz dela, extraem conclusões que criam posições geralmente antagônicas e que exigem, consequentemente, a tomada de posição na defesa de cada interesse. Contudo, para os autores, a barganha posicional não atende os critérios básicos de um acordo sensato, qual seja, aquele que resolve o impasse existente atendendo aos interesses de ambos sem criar animosidade, sendo duradouro e observando os impactos para a coletividade. Para Fisher *et al.* (2005, p. 19–32), a barganha posicional pode se conformar tanto de forma áspera, em que cada negociador aferra-se de sua posição e é, nesta medida, intransigente a possíveis concessões ou mesmo à busca de uma solução inovadora, ou é afável, na qual o negociador, pelo bem do relacionamento com a outra parte, onera-se ao conceder excessivamente seu quinhão ao outro.

Como solução para tal abordagem nas relações negociais, Fisher *et al.* (2005, p. 35–113) propõem uma *negociação baseada em princípios*. Esta, a um só tempo, recorre a elementos tanto da barganha posicional áspera quanto da barganha posicional afável, como introduz formas de criar uma negociação que não se funda no choque entre interesses, uma vez que tal noção é, em si, deletéria a formação de acordos sensatos. Para tanto, apresentam os autores quatro princípios norteadores da negociação baseada em princípios, quais sejam: (i) separar as pessoas do problema; (ii) concentrar-se nos interesses, não nas posições; (iii) inventar opções de ganhos mútuos; e (iv) insistir em critérios objetivos.

Abordando cada ponto em específico, os autores iniciam a explicação do método pela necessidade que se tem em, de partida, separar-se as relações interpessoais que cada uma das partes possui com a outra do problema que naquele momento a ambas se apresenta. Fisher *et al.* (2005, p. 35–57) apontam ser preciso, para que uma negociação ocorra da forma mais produtiva possível, que um negociador e outro compreendam que a substância do problema que entre ambos existe não é, necessariamente, proveniente do vínculo que ambos possuem ou não, e que, portanto, não deve ser tratando dessa relação que se tratará do problema em si. Neste sentido, para os autores, a concessão ou o arraigamento à uma posição excessivos não cria um acordo que seja mutuamente benéfico às partes, que seja efetivamente justo. De toda a forma, Fisher *et al.* (2005, p. 35–57) compreendem também que ambos os negociadores são, ao cabo, seres humanos, com seus desejos, medos, responsabilidades, vontades, etc., e que, consequentemente, devem ser respeitados enquanto tal. A separação das pessoas dos problemas não significa deslegitimar as expectativas do outro, mas sim, compreender que somente através da cooperação mútua e focada na resolução racional da questão que os cinge que será possível chegar a uma solução para o

* Historiador pela Universidade do Estado de Santa Catarina e graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de iniciação científica (PIBIC/CAPES), sob orientação do Prof. Dr. Franscisco Quintanilha Véras Neto, na pesquisa *A dependência socioeconômica de El Salvador e o subdesenvolvimento dos direitos humanos em Abya Yala (América Latina)*. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9016028101476085. E-mail: cspionertv@gmail.com.

impasse existente sem que a relação seja afetada negativamente.

O segundo ponto do método de Fisher *et al.* (2005, p. 58–74), trata-se, essencialmente, da necessidade que para que a negociação alcance o êxito desejado, que se enfoque nos interesses que cada parte possui, não nas posições estabelecidas por elas. Para os autores, as posições são conclusões extraídas por cada negociador a partir dos interesses que possuem face ao problema que enfrentam. Tais posições são, naturalmente, realizadas antes da negociação ocorrer e, com isso, desconsideram os interesses da outra parte. Já os interesses, os quais são efetivamente os proveitos que se presumem alcançáveis diante da situação, podem ser melhor conciliados, pois nem sempre são antagônicos como as posições são entre si. Assim, propõem Fisher *et al.* (2005, p. 58–74), que os interesses de cada parte devem ser explicitados, e não as posições, ao ser a partir deles que se torna possível elaborar, conjuntamente, uma solução para o problema que seja capaz de a ambos agradar e, ao mesmo tempo, ser justa.

Na esteira do ponto precedente, os autores propõem que na negociação baseada em princípios sejam sugeridas, com base no diagnóstico do problema e os interesses que cada parte possui, propostas que não apenas conciliem as pretensões dos negociadores em direção à resolução da questão existente, mas criem ganhos mútuos a cada lado. Para tanto, entendem Fisher *et al.* (2005, p. 75–98) ser necessário fugir das preconcepções que as partes possuem como as respostas para o fim do impasse, uma vez que tais ideias são concebidas no mesmo ensejo que em que as posições são tomadas, e, portanto, pecam pela falta de observação da situação de forma holística. As opções devem, assim, ser gestadas conjuntamente por ambas as partes no curso da negociação, através, por exemplo, de sessões de *brainstorm*, com sugestões múltiplas que podem ser adotadas para resolver a questão na totalidade ou um ou mais dos elementos que componham a lide. Tais opções não devem, contudo, ser vistas como efetivas decisões, ou seja, não devem possuir o condão de fechar o acordo, mas sim, de abrir a possibilidade de discussão entre as partes acerca do problema de forma assertiva, livre das amarras impostas pelo modelo da barganha posicional, possibilitando a resolução da cizânia de forma justa, amigável e concreta.

O último ponto do método de negociação baseada em princípios é, para Fisher *et al.* (2005, p. 99–113), o de que devem as partes insistir em critérios capazes de serem encarados objetivamente, enquanto são externos às vontades intrínsecas que cada negociador tenha e que possibilitem, assim, a criação de um acordo que não tenha por base o uso da barganha posicional como estratégia de negociação. Tais critérios devem, conforme apontam os autores, ser baseados em medidas de justiça, que podem ser compreendidos por ambas as partes como meio igualitário e imparcial para ajuste do acordo.

Ainda, Fisher *et al.* (2005, p. 117–162) apontam caminhos a realização da negociação baseada em princípios quando ela se mostrar aparentemente inviável, seja pela (i) diferença no poder de negociação existente entre as partes; (ii) indisposição em participar; ou (iii) utilização de táticas desonestas no curso das tratativas.

No primeiro caso, sugerem os autores a demarcação de um piso mínimo para que tal negociação se desenvolva, algum patamar que, caso não seja respeitado, há um ônus excessivo incapaz de ser suportado pelas partes e que as desestimulem a realizar qualquer acordo. Para tanto, também é necessário que ambas as partes saibam aquilo que Fisher *et al.* (2005, p. 117–126) chamam de *Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo* (MAANA), que nada mais é que o curso de ação mais benéfico existente caso o acordo não seja realizado. Tal MAANA pode ou não ser muito melhor que resultado de uma negociação baseada em princípios, e é exatamente a partir dela e de outras considerações contextuais que as partes devem delimitar seu piso mínimo, flexibilizando ou não alguns interesses em favor da realização do acordo, face à onerosidade que a MAANA possa representar.

No segundo caso, se uma das partes arraiga-se de tal modo em sua posição que a negociação baseada em princípios fica comprometida ou simplesmente recusa-se a negociar, é possível usar de algumas táticas que induzam a outra parte a engajar efetivamente. A principal delas é, compreendendo os interesses subjacentes à atitude reativa em questão, direcionar o olhar do então não-negociador aos interesses em comum existentes e aos critérios que se visa utilizar para balizar toda a negociação. Outra forma proposta é a de se colocar em posição de receber críticas acerca das ideias que se tem, na tentativa de fazer com que se inicie um diálogo capaz de, através de uma cuidadosa condução, iniciar a negociação desejada. Indo além, é descrita a possibilidade de reformular os ataques pessoais como ataques ao problema e de realizar perguntas e esperar a outra parte, trabalhando características inerentes aos seres humanos, como o incômodo que o silêncio pode gerar, de modo a levar a outra parte a entrar na negociação. Ainda, considerando a possibilidade de existirem mais de duas partes na negociação, o que todo o processo negocial tanto mais complexo, propõem Fisher *et al.* (2005, p. 127–147) a introdução de um mediador, um terceiro imparcial, capaz de compreender de forma holística a lide e criar um texto único, que pode por todas as partes ser criticado e que poderá gerar, ao cabo, um acordo que teve por base o método apresentado.

O terceiro ponto volta-se a resolver quando a outra parte utiliza de subterfúgios para minar o prosseguimento da negociação de maneira tranquila, minando as próprias regras do jogo em questão. Como solução, os autores defendem a utilização da própria negociação baseada em princípios para deliberar sobre quais regras serão aplicadas para a solução daquele problema em específico, uma forma de meta-negociação. Os subterfúgios mais utilizados, conforme apontam Fisher *et al.* (2005, p. 148–162) são (i) a fraude deliberada de interesses, perspectivas ou mesmo do problema em si (o que não significa que a omissão de dados importa nessa fraude); (ii) a guerra psicológica por meio de ataques pessoais, o uso de ameaças, etc.; e (iii) a pressão negocial por meio da aparente recusa a negociar (para garantir concessões da outra parte logo desde o início), a escalada de exigências ou fazê-las extremadamente desde logo, a apresentação de decisões derradeiras, de aceite ou recusa à proposta realizada, no sentido de dar fim ao negócio de uma forma ou outra, entre outros mais.

Por derradeiro, os autores respondem algumas questões subsidiárias à temática abordada, que se voltam a explicar como a negociação baseada em princípios pode ser aplicada quanto subsistentes atravessamentos, seja de ordem prática ou moral, que levantam dúvidas seja sobre as vantagens de se utilizar tal método negocial, seja sobre em que situações e com quem ele pode ser aplicado e mesmo se a justiça que pode ser alcançada por meio da negociação baseada em princípios deve ser força motriz suficiente para a realização de um acordo.

É possível, a partir das considerações sobrescritas, observar a aplicabilidade prática e positiva que tal maneira de negociar pode criar, ao buscar estabelecer patamares mínimos para a confecção de compromissos resolutivos de impasses, bem como critérios objetivos para a consagração de pactos que correspondam às expectativas existentes e que, racionalmente deem um fim a um problema que poderia, em último caso, ser judicializado — o que, por si só, revisita uma série de problemas próprios e que demandam, além de muito tempo, dinheiro e esforço, a aceitação de uma decisão resolutiva que pode não ser producente para nenhuma das partes. Contudo, também pode-se perceber que a negociação baseada em princípios peca enquanto proposta por uma série de motivos.

A uma, é um método que se pretende (e isto é algo repetido inúmeras vezes na obra) aplicável universalmente, desde a mais trivial discussão entre casais — sobre o restaurante em que almoçarão, por exemplo — até a mais delicada a disputa territorial entre o Egito de Nasser[1] e Israel de

1 Gamal Abdel Nasser, presidente do Egito de 1956 a 1958 e da República Árabe Unida de 1958 a 1970, foi responsável pela nacionalização do Canal de Suez e reconhecido por sua liderança no movimento pan-arabista.

Meir[2], em que se chocaram questões de soberania e de segurança nacional em torno da ocupação sionista da península do Sinai desde a Guerra dos Seis Dias[3] até a do Yom Kippur[4]. No entanto, tal pretensão não pode encontrar substrato na realidade, seja pois é ilógico pensar que apenas um método é capaz de, por si só, resolver todo e qualquer tipo de celeuma presente no mundo social, seja porque a experiência concreta demonstra que as negociações muitas vezes dependem de uma conformação de fatores alheios a elas para que tenham sucesso.

A duas, o método proposto é por vezes muito simplista para resolver casos de complexidade extrema ou em que o risco é superlativo, e isto nasce da expectativa universalista do método, pois se pressupõe ser sempre possível nivelar as diferenças e desigualdades intrínsecas à determinadas relações, como por exemplo a do patrão com o empregado, do país desenvolvido com o subdesenvolvido, do monopólio com o pequeno comércio, etc. A possibilidade de criar um denominador comum, racional, que permita Davi enfrentar Golias nem sempre está disponível, por vezes, a única arma da qual se dispõe é a barganha posicional, que prescinde do terceiro motivo desta série de problemas da negociação baseada em princípios.

A três, os autores não conseguem escapar à utilização, em *ultima ratio*, de argumentos morais para justificar a preponderância de seu método sobre a barganha posicional. Para Fisher *et al.* (2005, p. 172–174), a negociação baseada em princípios possui valor em si mesma exatamente por isso, pois é baseada em princípios, ou seja, contam com a honestidade, com as amarras morais que cada pessoa tem em si para que o método tenha algum resultado prático. Isso não significa dizer que tal método negocial não possua algum tipo de valor, mas é necessário sopesar as vantagens de usá-lo face à tradicional heterocomposição judicial, por exemplo, pois, mesmo que aquela possa produzir resultados mais ou menos satisfatórios que a forma de autocomposição proposta, essa é, indubitavelmente, mais ingênua que aquela, pois alicerça-se na boa-fé como condição de existência.

A quatro, a negociação baseada em princípios, por conta da boa-fé e simplicidade excessiva que lhes são constitutivas, não parece saber lidar com situações em que a razão dá lugar à emoção. A equidade no processo negocial é algo utópico e que não é proposto pelos autores como norma, mas que, por vezes, surge como a única explicação viável para algumas das situações, como o aumento na remuneração de um entregador face à Uber, por exemplo.

A cinco, surge enquanto método de resolução de conflitos exatamente no momento em que a judicialização cada vez se faz mais presente. À primeira vista isso parece, e é, algo benéfico, pois possibilita a um só tempo a resolução de casos mais simples de maneira mais rápida e sem a necessidade abarrotar o sistema de Justiça com problemas que não merecem tanto foco quanto outros, algo que será abordado a seguir. Não obstante, é necessário contudo apontar que Fisher *et al.* (2005) não indicam que a negociação baseada em princípios é, em verdade, uma faca de dois gumes, pois pode dar fim formalmente a conflitos, mas, por não conseguir lidar com questões como as anteriores, como a boa-fé e as situações emocionais, não permite a resolução material desses mesmos conflitos.

O método de negociação baseada em princípios aparece enquanto uma alternativa à respos-

2 Golda Meir, primeira-ministra de Israel de 1969 a 1974, foi também ministra do trabalho e das relações exteriores do governo de Ben-Gurion (1º primeiro-ministro de Israel) e conhecida por sua ativa participação na Guerra do Yom Kippur.

3 Ocorrida entre 5 e 10 de junho de 1967, foi deflagrada por Israel em retaliação ao bloqueio imposto pelo Egito aos navios do país ao Mar Vermelho pelo Canal de Suez, e teve como resultado a triplicação do território sionista, que passou a controlar Gaza, o Sinai, Golã e Jerusalém Oriental.

4 Ocorrida entre 6 e 26 de outubro de 1973, foi deflagrada pela República Árabe Unida e o Iraque, em retaliação ao controle de Israel dos espólios territoriais conquistados na Guerra dos Seis Dias, e teve como resultado o realização dos Acordos de Camp David, firmados entre os beligerantes com a mediação dos EUA e que acabaram por levar à desintegração do bloco pan-arabista que desde a morte de Nasser, em 1970, demonstrava sinais de fragilidade.

ta judiciária, e que, com a compreensão de seu funcionamento interno, é possível inferir que é uma forma de resolução de conflitos que promove uma possibilidade de melhor responder demandas por meio da autocomposição que outros métodos negociais, mas que também revela uma preferência pela Justiça comutativa em detrimento da distributiva, fundado em uma argumentação de defesa desta última. Por surgir ocasionalmente como a única opção capaz de dar fim rápido e eficaz a problemas considerados de menor relevância, mesmo que tão ou mais complexos que tantos outros, desde uma perspectiva econômica, há um sancionamento pelo ostracismo a tal modelo negocial de problemas *desimportantes*, em nome da atenção do judiciário à questões *de maior relevância*. Assim, são olvidadas questões como: (i) quem são os indivíduos ou grupos sociais que têm mais problemas de uma ou outra estirpe?; (ii) onde se encontra a linha que divide os problemas *importantes* dos de *pouca relevância*?; (iii) é possível desconsiderar que a atenção do judiciário pode ser cooptada, por fatores como o momento histórico, o dinheiro, a política, etc.?; (iv) a disparidade de poder nas lides *menos importantes* é em si uma questão de menor importância também?; e (v) até onde é possível dizer que a justiça foi alcançada em situações em que o Estado apenas referendou a formalidade das negociações realizadas, mas não deitou seu olhar sobre os méritos efetivamente tratados?

Que tal método de negociação pode produzir resultados positivos é inegável, mas não é salutar defender acriticamente tal forma de resolução de conflitos, já que, como qualquer obra, foi escrita em um momento histórico e um contexto político-social específico e que não deve ser desconsiderado — mesmo que pressuponha um método universalmente aplicável —, bem como persistem inúmeras outras questões, como as que foram nesta peça apontadas, que atravessam a proposta de Fisher *et al.* (2005) e que fazem os alicerces de toda a estrutura concebida pelos autores ao menos estremecer por completo. É necessário, pois, perscrutar tais indagações, descobrir os possíveis limites da negociação baseada em princípios e, através da crítica fundamentada na práxis, explorar hipóteses de aperfeiçoamento do método ou de alternativas para casos em que esta forma negocial se apresentar deficiente, e também as implicações de sua aplicação para a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Imago, 2005. 216 p. (Logoteca). Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges.

A EXTRAFISCALIDADE DOS TRIBUTOS COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE: OS IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 132/2023

*Milena Ovídio Valoura**

VALOURA, Milena Ovídio. *A extrafiscalidade dos tributos como instrumento de defesa do meio ambiente*: os impactos da Emenda Constitucional n. 132/2023. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2024.

Resumo: O presente Trabalho de Conclusão de Curso estuda a utilização do aspecto extrafiscal da tributação como instrumento de consecução da defesa do meio ambiente nos contextos que precedem e sucedem a reforma tributária, introduzida pela Emenda Constitucional n. 132/2023. De forma a viabilizar tal estudo, inicialmente é abordado o contexto histórico de surgimento da necessidade de tutela ambiental que culminou na consagração constitucional da proteção ecológica, perpassando os principais aspectos principiológicos e governamentais que o envolvem. Em seguida, é realizado um estudo sobre a utilização dos tributos como instrumento de intervenção no domínio econômico, sobretudo pela via da extrafiscalidade, indicando diversas experiências implementadas antes da introdução das alterações na matriz tributária. No subsequente, explora-se a conjuntura de elaboração do texto da Emenda Constitucional nº 132/2023, abordando as principais alterações que tangenciam a matéria ambiental, conectando o enfoque extrafiscal e seletivo do fenômeno da tributação com os aspectos socioeconômicos que permeiam a temática. Em seguida, reúne-se os principais conceitos e reflexões demonstrados na pesquisa para indicar alguns aspectos promissores da reforma do fenômeno da tributação, bem como alguns pontos que carecem de melhoria ou apresentam contradições, levando em consideração que muitos tópicos ainda estão pendentes de regulamentação normativa. O estudo adota uma abordagem qualitativa e utiliza o método dialético, com a pesquisa bibliográfica como técnica principal. Ao final, são apresentadas propostas de medidas que podem ser adotadas no processo de regulamentação da Emenda Constitucional n. 132/2023, como o investimento no desenvolvimento de tecnologias limpas, a ampliação das hipóteses de tributação ambiental, a revisão e revogação de benefícios incompatíveis com os valores constitucionais ambientais e a redistribuição da carga tributária.

Palavras-chave: Reforma Tributária. Meio Ambiente. Extrafiscalidade. Imposto do Pecado.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada no escritório *Marchiori, Sachet, Barros e Dias Advogados*. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3097233369365795. E-mail: milenavaloura4@gmail.com.

VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS: IMPACTOS E REFLEXOS A PARTIR DO CONTEXTO ELEITORAL DE 2018 À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

VIOLENCE AGAINST TRANSSEXUALS AND CROSS-DRESSERS: IMPACTS AND REFLECTIONS FROM THE ELECTORAL CONTEXT OF 2018 UNDER THE SCOPE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Heloísa Dutra**

Primeiramente, o presente trabalho se apropriará da sigla LGBTQIA+ com o objetivo de alcançar o maior número de pessoas que se sintam representadas por esse grupo[1].

A violência contra a comunidade LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, queer, intersexuais, assexuais e outras identidades ou orientações sexuais que não estão mencionadas) e os direitos fundamentais no contexto eleitoral de 2018 abrem diversas discussões no meio jurídico, visto que a temática atingiu muitas pessoas na sociedade e ferem direitos e garantias fundamentais que são protegidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por ser um tema abrangente, o presente estudo direciona-se a partir da violência contra pessoas transexuais e travestis no contexto eleitoral de 2018 à luz dos direitos fundamentais. Isso, evidenciando que o Brasil, desde 2018, continua sendo o país que mais mata pessoas transexuais no mundo, pelo 15º ano consecutivo em 2023, conforme a Organização não Governamental (ONG) Transgender Europe (TGEU) (Benevides, 2024, p. 78).

A importância da pesquisa fundamenta-se em questões socioculturais, estendendo-se para a educação, no âmbito das universidades e escolas do Brasil, trazendo a importância da discussão para os indivíduos, a fim de promover uma sociedade mais igualitária e sem preconceitos, norteando a discussão para a formulação de Leis específicas com o fim de proteção dessa minoria.

O problema de pesquisa procura responder quais os impactos da violência na aplicabilidade dos direitos fundamentais para pessoas transexuais e travestis no contexto eleitoral de 2018, conforme dados do relatório da Organização não Governamental Grupo Gay da Bahia (GGB) e do dossiê da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Nesse sentido, tem-se a hipótese de que existiu uma grande ameaça aos direitos fundamentais das pessoas transexuais e travestis no contexto eleitoral 2018, o que gerou repercussão nos Tribunais Superiores, por conta da ineficácia do texto Constitucional.

O objetivo geral do presente trabalho é fazer a análise dos impactos da violência contra pessoas transexuais e travestis no contexto eleitoral 2018, à luz dos direitos fundamentais consolidados na Constituição Federal (CF), dividindo-se, em um primeiro momento, nos conceitos introdutórios do Direito Constitucional e questões de identidade de gênero e, num segundo momento, na orientação sexual. Em seguida, há a apresentação dos dados do relatório do GGB e do dossiê da ANTRA e, por fim, faz-se a análise dos dados com base na teoria dos impactos e dos reflexos.

A metodologia utilizada foi o estudo de jurisprudência dos Tribunais, em especial a do STF. Desse modo, realizando a análise de discurso e de conteúdo, ainda, com uma sentença que aplica a injúria homofóbica para classificar o crime e com o fim de condenar um servidor municipal pelo delito

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESUSC (UNICESUSC), mantido pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Ex-estagiária na Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, no Núcleo de Gestão de Execuções de Sentença e na Justiça Federal de Santa Catarina, na 7ª Vara Criminal da Justiça Federal, em. Ex-pesquisadora do Núcleo de Prática Jurídica em Arbitragem (NUPArb) da UNICESUSC. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0061010873802510. E-mail: heloisa.bolzan@yahoo.com.br.

1 A sigla LGBTQIA+ é usada para contemplar todos que se identificam parte da comunidade. É importante destacar que a sigla sofreu uma expansão, abrangendo as mais diversas representações da identidade de gênero e da orientação sexual.

envolvendo a LGBTfobia. Além disso, a busca de bibliografia foi feita nas bases de dados eletrônicos: SciELO, EBSCO, Periódicos Capes, Banco de Teses e Dissertações da Capes, B.U. das Federais e Pearson. Também foram utilizados o relatório do GGB, o dossiê da ANTRA e as publicações do Conselho Nacional de Justiça, como os Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para executar este trabalho, no primeiro capítulo procurou-se buscar o histórico dos direitos fundamentais, suas dimensões e alguns princípios específicos aplicados para pessoas transexuais e travestis, revelando panoramas da comunidade LGBTQIA+, explorando noções sobre identidade de gênero e sobre orientação sexual.

Nesse aspecto, considerando as noções de gênero e suas identidades, de sexo biológico e de orientação sexual, observaram-se os pilares culturais em que a sociedade se estabiliza: a cisnormatividade e a estigmatização das diferenças, apontando para a exclusão das identidades e sexualidades apresentadas. Como exemplo, consideraram-se as pessoas transexuais que fogem das identificações padronizadas e naturalizadas do sexo biológico.

No segundo capítulo, houve a apresentação dos dados dos tipos de violência, dos números de assassinatos e das comparações entre anos da homotransfobia/LGBTfobia, conceito igualmente apresentado nesse capítulo. Desse modo, o foco central foi no contexto eleitoral de 2018, expondo os impactos desse ano para a população LGBTQIA+, conforme o relatório da população morta no Brasil do GGB e do dossiê de assassinatos e violências contra travestis e transexuais no Brasil da ANTRA.

Com base nisso, foi possível esclarecer a sistematização da LGBTfobia e do transfeminicídio, com intensificações de denúncias e crimes por motivos políticos e pelo discurso de ódio de representantes políticos contra minorias. Assim, observando que sujeitos impulsionados pelo ódio, discriminam e tiram vidas cruelmente.

Por fim, no terceiro capítulo pretendeu-se reconhecer a repercussão da violência, conforme os direitos fundamentais, no sentido de analisar a criminalização da homotransfobia por meio do Mandado de Injunção nº 4.733 e pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Além disso, foi analisado um caso prático, nesse exemplo escolhido, envolvendo uma condenação pelo crime de injúria homofóbica.

Baseando-se nisso, foi possível verificar que as medidas condizem com os dados apresentados, visto que até que se faça uma lei específica de proteção, a homotransfobia tem adequação típica com o racismo em sua dimensão social de segregação e diferenciação. Além disso, os reflexos dessa criminalização estão se expandindo, visto que é possível a injúria homofóbica como algo relevante para punição nos casos práticos.

Ainda, a análise dos impactos da violência contra pessoas transexuais e travestis a partir do ano de 2018 delimitou a perspectiva de que os números de subnotificações de casos aumentaram, além das violências terem sido praticadas por eleitores do presidente da época. As denúncias, reportagens e pesquisas de ameaças, xingamentos e homicídios encontravam-se incrustadas de motivos políticos, observando, ainda, a propagação do discurso de ódio contra as minorias por representantes na política.

O resultado foi o aumento de violências pela identidade de gênero ou orientação sexual das vítimas e a insegurança causada nas pessoas LGBTQIA+, diante de tantas hostilidades no período eleitoral. Assim, o estudo possibilitou, inclusive, uma base para os acontecimentos após o período do ano de 2018, trabalhados no terceiro capítulo.

As considerações finais que vieram do estudo possibilitaram identificar o avanço jurídico para a comunidade LGBTQIA+ no que se refere ao reconhecimento de seus direitos. Ao mesmo tempo, é importante a criação de lei exclusiva, assim como a criação de políticas públicas inclusivas, sendo o direito um instrumento imprescindível para o combate da discriminação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Direitos de pessoas transexuais e travestis. LGBTQIA+. Discussão de gênero.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES. Bruna G. *Dossiê*: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2023. Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2024. Disponível em: https://antrabrasil.org/assassinatos. Acesso em: 29 abr. 2023.

XXVI SEMANA JURÍDICA UFSC



PROTEÇÃO DE DADOS NO ENSINO JURÍDICO PÚBLICO FEDERAL: O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

DATA PROTECTION IN FEDERAL PUBLIC LEGAL EDUCATION: THE SOCIAL RIGHT TO EDUCATION IN LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PERSONAL DATA PROTECTION

GT 1 - Direito Constitucional, Processo Constitucional, Direito Administrativo e Processo Administrativo

Lauro Jorge Amorim[*]
César Santini Müller[**]

Resumo: O artigo tem como objeto de estudo os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no ensino jurídico público federal brasileiro, com enfoque para o Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais e o Direito Social à Educação. A pergunta que se pretende responder é: quais são as principais implicações da LGPD para a estrutura do ensino jurídico fornecido em cursos de Direito de graduação e pós-graduação por Instituições de Ensino Superior (IES) públicas federais? Formulou-se, como hipótese inicial, que a LGPD afeta toda a Administração Pública Federal envolvida na estrutura de ensino jurídico, do gabinete da Presidência da República aos professores em sala de aula, o que implica na necessidade de adequação das operações de tratamento das IES às hipóteses previstas pela legislação brasileira de proteção de dados pessoais. O objetivo geral é oferecer contribuição para adequação à LGPD nos cursos de graduação e pós-graduação fornecidos pelas IES públicas federais. Como objetivos específicos, pretende-se: (i) explicitar o contexto internacional referente à proteção de dados pessoais e as normas atinentes a esse tema no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase para o Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais, e aspectos específicos da LGPD, como suas hipóteses de aplicação e principais conceitos, os fundamentos e princípios, as bases legais, o tratamento de dados pelo Poder Público e questões atinentes à fiscalização e responsabilização; (ii) apresentar o panorama histórico do ensino jurídico no Brasil, a fim de demonstrar a evolução da noção do Direito Social à Educação e a concretização por meio da matrícula nas Universidades Federais; e (iii) apontar as bases legais que autorizam o tratamento de dados pessoais, as operações de tratamento e as principais implicações da LGPD no ensino jurídico público federal, no âmbito das IES. Utilizou-se o método dedutivo e o procedimento de pesquisa qualitativo, por meio de revisão bibliográfica, legal e documental.

Palavras-chave: Proteção de Dados. Base Legal. Tratamento de Dados. Ensino Jurídico. Universidade Pública.

Abstract: This article examines the impacts of the General Data Protection Law (LGPD) on federal public legal education in Brazil, focusing on the Fundamental Right to Personal Data Protection and the Social Right to Education. The central research question is: what are the main implications of the LGPD for the structure of legal education provided in undergraduate and graduate law programs at federal public Higher Education Institutions (IES)? The initial hypothesis is that the LGPD affects the entire Federal Public Administration involved in the structure of legal education, from the Office of the President of the Republic to classroom professors. This implies the need for IES to adapt their data processing operations to the provisions established by Brazilian data protection legislation. The general objective is to contribute to the adaptation of undergraduate and graduate programs at federal public IES to the LGPD. The specific objectives are: (i) to clarify the international context of personal data protection and the relevant legal norms within the Brazilian legal system, with emphasis on the Fundamental Right to Personal Data Protection and specific aspects of the LGPD, such as its scope of application, key concepts, principles, legal bases, public

*** Graduado em Direito pela Faculdade Cesusc (2019), especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Cesusc (2023), mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC, membro da Comissão de Direito Processual Civil da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1189098821091874. E-mail: lauro.amorim@hotmail.com.**

**** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2020, pós-graduado em Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi), 2023, mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC, membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD), coordenado pelo Professor Everton das Neves Gonçalves. Advogado, Presidente da Comissão de Estudos e Defesa da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Santa Catarina (CECORE/OAB/SC). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8434960344211830. E-mail: cesarsmuller@gmail.com.**

sector data processing, and issues related to oversight and liability; (ii) to present the historical panorama of legal education in Brazil to demonstrate the evolution of the concept of the Social Right to Education and its realization through enrollment in Federal Universities; and (iii) to identify the legal bases authorizing personal data processing, the data processing operations involved, and the main implications of the LGPD for federal public legal education within IES. The study adopts a deductive method and a qualitative research approach, based on bibliographic, legal, and documentary review.

Keywords: Data Protection. Legal Basis. Data Processing. Legal Education. Public University.

1. INTRODUÇÃO

Dado pessoal é toda informação relativa a determinada pessoa natural, de acordo com a legislação de proteção de dados brasileira. Portanto, são dados pessoais o nome, número de inscrição no CPF, informações relativas a gostos e preferências pessoais, etc. Devido ao desenvolvimento tecnológico e à proeminência da economia digital, os dados pessoais passaram a ser economicamente valorizados, na medida em que permitem mapear preferências e características de consumidores em potencial. Com isso, a iniciativa privada tornou-se capaz de desenvolver campanhas publicitárias personalizadas para cada pessoa.

Mas, se por um lado as informações sobre os indivíduos tornaram-se ativos valiosos em diversas atividades, por outro, essa exploração afeta a privacidade e a vida íntima. Em função disso, surgiram normas com o objetivo de regulamentar a coleta, armazenamento, transmissão e outras formas de tratamento de dados pessoais.

No Brasil, foi publicada, em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei Federal nº 13.709. Anos depois, houve a inclusão da proteção de dados pessoais como Direito Fundamental, por meio da EC nº 115/2022, que inseriu o inciso LXXIX no rol do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Vale lembrar que os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos positivados, categorizados em 1ª, 2ª e 3ª geração (sendo o direito à educação e o direito à proteção de dados pessoais das duas últimas categorias).

A atividade de ensino é uma espécie de serviço, que pode ser fornecido por entidades públicas ou privadas. No Brasil, o sistema de ensino é dividido em níveis: básico e superior. O nível básico compõe a educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, enquanto o nível superior engloba os cursos de graduação, pós-graduação e extensão.

Este artigo tem como objeto de estudo os impactos da legislação de proteção de dados no ensino jurídico. Dessa forma, serão analisadas as atividades desempenhadas por Instituições de Ensino Superior (IES), com enfoque para os Cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* em Direito. Devido às múltiplas formas de organização das IES, não é possível analisar o fenômeno em geral, o que implica na necessidade de limitar o objeto de estudo. Como forma de devolver uma contribuição ao ensino público superior federal, que patrocina o estudo dos pesquisadores que subscrevem este ensaio, o objeto foi circunscrito às IES públicas federais.

Diante desse contexto, a pergunta que orienta a pesquisa é a seguinte: quais são as principais implicações da LGPD à estrutura do ensino jurídico fornecido em cursos de Direito de graduação e pós-graduação por IES públicas federais? A hipótese formulada de início é que a LGPD afeta toda estrutura de ensino jurídico, do Governo Federal ao Professor em sala de aula, e as principais implicações às IES tratam de adequar as operações de tratamento às bases legais.

O objetivo geral é oferecer contribuição para estrutura de ensino jurídico promovido pelas IES públicas federais no que concerne à adequação à LGPD. Como objetivos específicos, pretende-se: (i) explicitar o contexto internacional referente à proteção de dados pessoais e as repercussões no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a delimitação dos conceitos básicos, fundamentos e princípios da LGPD, direitos dos titulares, bases legais, tratamento de dados pelo Poder Público e o

sistema de fiscalização e responsabilidade administrativa e civil; (ii) apresentar um panorama histórico do ensino jurídico no Brasil, a fim de demonstrar a evolução da noção do Direito Fundamental do Acesso à Educação e a concretização por meio da matrícula nas Universidades Federais; e (iii) apontar as bases legais que autorizam o tratamento de dados pessoais, as operações de tratamento e as principais implicações da LGPD no ensino jurídico público federal, no âmbito das IES.

Será utilizado o método dedutivo e o procedimento de pesquisa qualitativa, por meio de revisão bibliográfica, legal e documental.

2. PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Neste tópico, serão abordadas as normas de proteção de dados, na esfera constitucional e infraconstitucional. Antes disso, convém abordar o contexto de produção e publicação legislativa, que não se deu no vácuo.

A globalização e a evolução tecnológica são apontadas por Candiani e Pereira (2024) como pano de fundo para discussão relativa à privacidade e proteção de dados pessoais. De acordo com os autores, as primeiras décadas do Século XXI são marcadas pela utilização massiva de dispositivos eletrônicos conectados à internet, como celulares, *laptops* e *tablets*, o que deu ensejo ao compartilhamento de informações entre pessoas e organizações em escala até então inédita e gerou um desafio em matéria de proteção de dados pessoais.

Stelzer *et al.* (2019) mencionam a sociedade de rede, conceito definido por Castells (2018), caracterizada pela realização de operações de tratamento de informações em grau elevado, para contextualizar o debate que deu origem à adoção de leis voltadas à proteção de dados pessoais. Além disso, remontam à Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) para abordar a questão relativa à privacidade, como predecessora da proteção aos dados pessoais. A defesa da vida privada, portanto, atravessa fronteiras e gerações. Mas, na sociedade pós-industrial, destaca-se em função da inserção dos dados pessoais na lógica capitalista como uma nova *commodity*, capaz de gerar valor às organizações.

O mapeamento dos consumidores em potencial é uma das principais formas de exploração econômica dos dados pessoais, que podem ser coletados por meio de fontes diversas. Isso possibilita, por exemplo, o desenvolvimento de campanhas publicitárias personalizadas para cada pessoa, com o intuito de dissuadi-la a tomar determinada decisão, tal qual comprar determinado produto, votar em certos candidatos, etc. As redes sociais são um exemplo marcante tanto de coleta de dados pessoais quanto de utilização de publicidade direcionada (Lanchester, 2017). Se, por um lado, as informações sobre os indivíduos tornaram-se ativos valiosos em diversas atividades, por outro, essa exploração afeta a privacidade e a vida íntima das pessoas. Bioni (2019) fala em morte da privacidade ao constatar a realidade em que os dados pessoais movimentam a economia, na medida em que dão sustentação a modelos de negócios e a formulações de políticas públicas.

Em função disso, surgiram normas ao redor do mundo com o objetivo de regulamentar a coleta, armazenamento, transmissão e outras formas de tratamento de dados pessoais. Na União Europeia, foi aprovado, no ano de 2016, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que definiu critérios legais para reger o tráfego de dados. Já nos Estados Unidos, optou-se pela regulamentação por meio de normas setoriais, com regramentos distintos, a depender da atividade envolvida no processamento de dados pessoais (Bueno, 2023).

No Brasil, a CRFB/1988 garantiu, no rol dos direitos fundamentais, a intimidade, a vida privada e o sigilo — da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Desde 2022, por meio da Emenda Constitucional nº 115, soma-se ao rol do art. 5º da CRFB/1988 a proteção de dados pessoais, com a inclusão do inciso LXXIX (Brasil, 1988).

Antes da emenda, entretanto, já havia sido publicada a Lei Federal n. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Trata-se da norma infraconstitucional, fortemente influenciada pelo RGPD, aprovada no país com o intuito de regulamentar todas as formas de tratamento de informações relativas a pessoas naturais, nos setores público e privado[1], de modo a preservar a personalidade, a privacidade, a autodeterminação informativa e a soberania do indivíduo (Stelzer *et al.*, 2019).

Nos tópicos seguintes serão abordados aspectos específicos da LGPD, como suas hipóteses de aplicação e principais conceitos; os fundamentos e princípios; bases legais; a regulamentação sobre o tratamento de dados pelo Poder Público; e questões atinentes à fiscalização e responsabilidade civil e administrativa.

2.1 ABRANGÊNCIA E PRINCIPAIS CONCEITOS DA LGPD

A LGPD aplica-se a toda pessoa ou organização (tais como entes e órgãos públicos, sociedades empresárias, organizações não governamentais) que realize operações de tratamento de dados pessoais para fornecer bens ou serviços, desde que a operação tenha ocorrido no Brasil, ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados em território nacional (Brasil, 2018). Portanto, aplica-se ao setor público, às empresas nacionais e às "empresas estrangeiras que prestam serviço ao público brasileiro ou àquelas que, pertencendo a um grupo econômico, tenham filial no Brasil" (Bueno, 2023)[2].

Além de conceituar dados pessoais como informações relacionadas a uma pessoa natural, a lei trouxe o conceito de dados pessoais sensíveis. Os dados sensíveis são aqueles que têm potencial de gerar alguma forma de discriminação em face do seu titular, como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (Brasil, 2018). Por deter classificação especial, tais dados podem ser regulados de forma diferenciada e o são (Candiani e Pereira, 2024).

Outra classificação de dados trazida pela lei são os anonimizados, assim compreendida a informação que não possa ser ligada (diretamente ou indiretamente) ao seu titular, em função de ter sido submetida ao processo de anonimização, que consiste em utilizar os meios técnicos razoáveis e disponíveis para impedir a associação entre o dado e o indivíduo. Os dados (pessoais, sensíveis e anonimizados) são armazenados em bancos de dados, que correspondem ao conjunto de informações mantidas por auxílio de suporte digital ou físico (Brasil, 2018).

Trata a LGPD também sobre o conceito de consentimento, que vai além daquele consentimento fictício, normalmente colhido em termos de uso complexos, escritos em linguagem pouco acessível, em formato confuso e sem qualquer destaque, que pouco informam ao titular. O consentimento, de acordo com a Lei, deve ser manifestado de forma livre, por pessoa devidamente informada e expresso inequivocamente para uma finalidade específica (Brasil, 2018). Por tratamento de dados, compreende-se toda operação realizada com dados pessoais, dentre as quais a LGPD menciona expressamente coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (Brasil, 2018).

As operações de tratamento envolvem informações relativas ao titular dos dados, pessoa a quem a LGPD confere uma série de direitos com o intuito de garantir a defesa da pri-

1 Ressalta-se que, antes da publicação da LGPD, já existiam dispositivos que regulamentavam, de forma esparsa, alguns processos de tratamento de dados, como o Código de Defesa do Consumidor (art. 43), a Lei Federal nº 12.737/2012, a qual acrescentou dispositivos ao Código Penal, e a Lei Federal nº 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet (Carvalho, 2022).

2 A LGPD não é aplicada apenas às operações de tratamentos realizadas com finalidade: particular e não econômica; exclusivamente jornalística, artística ou acadêmica; essencialmente voltada à segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (Brasil, 2018).

vacidade. Tais direitos são opostos frente aos agentes de tratamento, pessoas naturais ou jurídicas que coletam, armazenam e processam dados pessoais. O controlador é caracterizado por deter o poder de decisão referente ao tratamento. A ele está vinculado o operador, quem realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Compõe o rol dos agentes de tratamento, ao lado do controlador e do operador, o encarregado de proteção de dados. Este cargo é comumente identificado pela sigla DPO (que advém do termo em inglês *Data Protection Officer*). O encarregado é a pessoa indicada pelo controlador e pelo operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)[3].

As Instituições de Ensino Superior (IES) públicas federais podem ocupar as funções de controlador e/ou operador de dados pessoais, a depender do contexto. Em relação aos dados que coletam e tratam em nome próprio, com poder de decisão, são controladoras. Quando, no entanto, agem sob coordenação da estrutura a qual estão inseridas, sendo simples agentes sem poder decisório, fazem as vezes de operadoras. Assim, é fundamental que as IES designem profissionais para exercer a função de DPO.

Para alicerçar o estudo da LGPD, superados esses conceitos básicos, impende analisar os fundamentos e princípios, que formam a base de sustentação da Lei, ao lado dos direitos conferidos aos titulares de dados.

2.2 FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS E DIREITOS DOS TITULARES

A LGPD tem como fundamentos: o respeito à privacidade; à autodeterminação informativa[4]; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Além disso, a legislação elenca como princípio geral a boa-fé e, como princípios específicos: a finalidade; a adequação; a necessidade; o livre acesso; a qualidade dos dados; a transparência; a segurança; a prevenção; a não discriminação; e a responsabilização e prestação de contas (Brasil, 2018)[5]. Candiani e Pereira (2024) assinalam que os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade são corolários do princípio da transparência, o qual, ao seu turno, é estruturante para garantia dos direitos à liberdade e à privacidade.

Já os Direitos dos titulares estão listados no Capítulo III da Lei, entre os arts. 17 e 22. No entanto, verifica-se que essa seção da Lei possui uma função sistematizadora, eis que os direitos dos titulares, cerne da legislação, estão dispersos por todo diploma legal (Frazão, 2018). O art. 17, de forma introdutória, garante ao titular os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade.

De forma mais pragmática, o art. 18 especifica direitos dos titulares, oponíveis em face do controlador, os quais podem ser manifestados por meio de requisição, a qualquer momento. No rol dos incisos I a IX encontram-se direitos como a confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; correção de dados; anonimização, entre outros (Brasil, 2018). Frazão (2018) explica que o *caput* do art. 18 contém uma falha técnica ao mencionar apenas

3 A ANPD é uma autarquia de natureza especial, criada pelo texto original da LGPD (Lei Federal nº 13.709/2018), cuja natureza jurídica foi definida pela Medida Provisória nº 1.124/2022, convertida em lei por meio da Lei Federal nº 14.460/2022. Trata-se de órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD.

4 A autodeterminação informativa significa o direito ao controle sobre o ciclo de vida e a transferência de dados, pelo próprio titular (Candiani e Pereira, 2024).

5 O formato deste trabalho impede a análise de cada um desses elementos, de modo que serão elucidados apenas alguns termos no presente estudo.

o controlador como titular dos deveres, ou seja, como parte a quem os titulares podem opor seus direitos. Essa falha, contudo, é mitigada pelo § 3º que volta a utilizar o termo agentes de tratamento, como a parte contra quem os titulares podem exercer seus direitos.

2.3 BASES LEGAIS

O tratamento de dados pessoais só poderá ocorrer dentro das bases fixadas pela legislação, sob pena do controlador incorrer em ato ilícito. A LGPD contém dois rols de bases legais: o primeiro, disposto no art. 7º[6], elenca as hipóteses que permitem o tratamento de dados pessoais; enquanto o segundo, contido no art. 11º, aplica-se aos dados pessoais sensíveis.

As hipóteses de tratamento são bastante semelhantes. Em comparação com as bases legais relativas aos dados pessoais, os dados sensíveis não admitem apenas o tratamento embasado no legítimo interesse do controlador ou de terceiro e para proteção de crédito. Mas, em que pese a maioria das bases legais repetirem-se, os agentes devem investir cuidado redobrado ao lidar com dados sensíveis, já que eventuais violações aos direitos dos titulares em questões capazes de gerar qualquer tipo de preconceito detêm potencial lesivo maior, de modo que espera-se a adoção de padrões mais rigorosos de proteção (Candiani e Pereira, 2024).

A adequação das operações de tratamento às bases legais no fornecimento do ensino jurídico público federal, portanto, é indispensável, posto que a inobservância caracteriza violação à lei e pode implicar na responsabilização administrativa e civil das IES.

2.4 TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO

Engane-se quem pensa que os dados pessoais são necessários apenas para o desenvolvimento de atividades pela iniciativa privada. Embora a discussão relacionada à proteção de dados, muitas vezes, remeta às *Big Techs* — gigantes da tecnologia como a Alphabet, Apple, Microsoft, Meta e Amazon, grupos econômicos proprietários de bancos de dados colossais — o Poder Público também coleta, armazena e processa uma quantidade substancial de informações relativas às pessoas naturais (Stelzer *et al.*, 2019).

O tratamento de dados realizado pelas pessoas jurídicas de direito público deve atender sua finalidade, qual seja, a execução das competências e atribuições definidas pela legislação. Assim, compete ao Poder Público, como condição para realizar operações com dados pessoais, informar de forma clara e atualizada "a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades" (Brasil, 2018).

O compartilhamento das informações mantidas nas bases de dados públicas a pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado é vedado, via de regra. A LGPD excepciona a transferência apenas para os casos em que: a atividade pública descentralizada demanda a transferência; os dados são publicamente acessíveis; existe previsão legal ou contratual expressa; visa-se a prevenção a fraudes e irregularidades; ou seja necessário para proteger segurança e a integridade do titular (Brasil, 2018).

6 Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

As IES públicas federais, obviamente, enquadram-se nas regras de tratamento de dados pelo Poder Público, devido a sua natureza jurídica. Portanto, a inobservância dos predicados da LGPD no fornecimento de ensino jurídico caracteriza ato ilícito, passível de responsabilização administrativa e cível, motivo pelo qual a adequação à Lei é inevitável.

2.5 FISCALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA

Para além dos cuidados com os comportamentos, mencionados anteriormente, a LGPD determina que os agentes de tratamento observem padrões técnicos para garantir a segurança adequada dos bancos de dados e equipamentos envolvidos nas operações de tratamento.

Externamente, a fiscalização compete à ANPD, órgão da administração pública responsável por vigiar o cumprimento da Lei. Eventual desconformidade verificada pela autoridade pode implicar na imposição de sanções administrativas previstas no art. 52, que vão de simples advertência, a multas pecuniárias, bloqueio e eliminação dos dados pessoais, suspensão do banco de dados, etc. Na hipótese de serem aplicadas em face de IES, tais penalidades podem inviabilizar as atividades de ensino, gerando efeito deletérios ao público.

De modo a mitigar os riscos advindos de eventuais fiscalizações realizadas pela autoridade ou de danos em potencial aos direitos dos titulares, convém que as IES elaborem políticas de governança internas (Stelzer *et al.*, 2019) para adequar suas práticas à LGPD. Estas políticas são amparadas em Lei (art. 50) e, caso comprovada sua eficiência, tem o condão de evitar a penalização do controlador (Brasil, 2018).

3. ENSINO JURÍDICO

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL DE EDUCAÇÃO E ACESSO À EDUCAÇÃO JURÍDICA

O primeiro marco à análise do ensino jurídico brasileiro é o sancionamento da Carta de Lei de 11 de agosto de 1827 (Brasil, 1827), por Dom Pedro I, que criou as primeiras escolas brasileiras de Direito, mais especificamente em São Paulo e Olinda (Venâncio Filho, 1982).

À época, os estudantes do curso de Direito eram membros da nobreza portuguesa, cujos interesses se traduziam na manutenção do *status quo* imperial (Bezerra, 2008, p. 65). Tendo isso em mente, é evidente que o ensino jurídico era restrito, sem um viés democrático de acesso a quem não estivesse no topo da hierarquia social. Em um salto temporal significativo, porém necessário a fim de demonstrar a evolução legislativa e social, a CRFB/1988 inova ao estabelecer, ao longo de sua redação, o direito fundamental à educação, a começar por seu art. 6º.

O direito à educação se classificaria como um Direito Fundamental de 2ª e 3ª geração, uma vez que reflete tanto as noções de igualdade quanto fraternidade. A partir do artigo 205 da CRFB/1988, a educação e seus delineamentos são definidos, tanto se tratando do ensino básico, quanto do ensino superior. No tocante às universidades, vale destacar a redação do art. 207:

> Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Ainda, visando a perfectibilização do Direito Fundamental da Educação, o artigo 214 estabelece a criação de um Plano Nacional de Educação, a fim de articular diretrizes e estratégias de implementação no desenvolvimento de ensino no Brasil, de modo a garantir o pleno acesso.

Outra base legislativa relevante, influenciada pelos ditames constitucionais já citados, se dá em 30 de dezembro de 1994, com a Portaria nº 1.886 (Brasil, 1994), na qual o Ministério da Educação fixou

o conteúdo mínimo para as diretrizes de ensino no curso de Direito. Ao longo de 17 artigos, a Portaria define uma série de questões relevantes, tais quais o tempo de duração mínima e máxima do curso, matérias obrigatórias, estágio extracurricular e obrigatoriedade da apresentação de monografia.

Em complemento, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil publicou a Portaria nº 5/1995 (OAB, 2012), sobre os critérios e procedimentos para a manifestação da OAB nos pedidos de criação e reconhecimento de cursos jurídicos. Em 20 de dezembro de 1996, o Governo Federal sancionou a Lei nº 9.394, na qual se estabeleceu uma primeira série de diretrizes e bases da educação nacional (Brasil, 1996). Para o ensino superior, a LDB apresenta diversas disposições que orientam a organização, os objetivos e os princípios desse nível de ensino, a partir do seu art. 43º.

Em 29 de setembro de 2004, o Conselho Nacional de Educação Superior publicou a Resolução nº 9 (OAB, 2012), a qual institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e deu outras providências. Apenas em junho de 2014, por meio da Lei nº 13.005, foi sancionado o Plano Nacional de Educação (PNE) (Brasil, 2014). A referida legislação, vigente entre 2014 e 2024, impõe aos estados e municípios observarem suas diretrizes para definir as melhores estratégias locais no alcance das suas metas.

Ao longo de sua redação, a Lei estabelece 20 metas, dentre as quais 3 são diretamente relacionadas ao ensino superior, estabelecendo metas de alavancar o ingresso de estudantes ao ensino superior a partir do ato de matrícula:

> **Meta 12**: elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% (quarenta por cento) das novas matrículas, no segmento público.
>
> **Meta 13**: elevar a qualidade da educação superior e ampliar a proporção de mestres e doutores do corpo docente em efetivo exercício no conjunto do sistema de educação superior para 75% (setenta e cinco por cento), sendo, do total, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) doutores.
>
> **Meta 14**: elevar gradualmente o número de matrículas na pós-graduação stricto sensu, de modo a atingir a titulação anual de 60.000 (sessenta mil) mestres e 25.000 (vinte e cinco mil) doutores.

As metas acima destacadas corroboram como o ato das matrículas dos estudantes está diretamente relacionado à perfectibilização do direito fundamental à educação.

3.2 MATRÍCULA NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR E DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA

Conforme exposto anteriormente, o dever constitucional de garantia de acesso à educação se tornou uma meta a ser executada não apenas pelo Governo Federal, mas também pelos Estados e Municípios. Nesse sentir, a união de esforços na concretização do amplo acesso à educação (perfectibilizado pelo ato de matrículas estudantis), gerou resultados expressivos:

> No Brasil, assim como em outros países em desenvolvimento, houve expressivo crescimento no número de matrículas no ensino superior desde os anos 1990. Em 1962 existiam 107.509 alunos matriculados em IES. Em 1998 já havia 2.125.958. No ano de 2008 eram 5.080.056, dos quais 74,92% estavam matriculados em instituições privadas. Observa-se uma evolução de 269% em 2008 em relação ao ano de 1980. Apesar desse crescimento nos últimos anos no número de matrículas no ensino terciário, considera-se que a quantidade de estudantes nesse nível de ensino ainda é pequena. A taxa bruta de matrícula no ensino superior no Brasil ainda é considerada baixa se comparada com outros países (Duenhas *et al.*, 2015).

Para se matricular em uma Universidade Federal, os documentos necessários podem variar de acordo com a instituição e o curso. No entanto, a partir da análise das diretrizes gerais estabelecidas pelo Ministério da Educação (MEC) (Brasil, s.D.), em conjunto à mais recente lista de exigências

documentais da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), os documentos ordinariamente exigidos se traduzem em: Documento de Identidade, CPF, Certidão de Nascimento ou Casamento, Título de Eleitor e Comprovante de Votação, Certificado de Quitação com o Serviço Militar, Histórico Escolar do Ensino Médio, Certificado de Conclusão do Ensino Médio, Foto 3x4, Comprovante de Residência, Comprovante de Inscrição e Classificação no Exame de Ingresso, Declaração de Vacinação.

Conforme a Portaria nº 01/PROGRAD/PROAFE/UFSC, 9 de janeiro de 2024[7], a listagem de documentos para a efetivação da matrícula dos estudantes segue disposta no art. 4º, a partir da documentação já referida, acrescendo ainda o comprovante de vacinação da COVID-19.

A documentação minimamente exigida, apesar de não ser numerosa, reflete sensível grau de informações privadas dos estudantes, uma vez que a LGPD define *dado pessoal* como uma informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável. Assim, além das informações básicas relativas ao nome, Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) e endereço residencial, são também considerados dados pessoais outros que estejam relacionados com uma pessoa, tais como seus hábitos de consumo, sua aparência e aspectos de sua personalidade.

Todos esses dados pessoais vincularão o aluno do início até o final do seu curso, por meio de provas, trabalhos acadêmicos, listas de presença e frequência escolar, exames para concessão de bolsa, inscrições em eventos universitários, atividades de extensão, entre outras relevantes atividades inerentes ao Ensino Superior. Percebe-se que os documentos mínimos exigidos para ingresso nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito e que acompanharão o aluno até o final do curso são suficientemente delicados por natureza, uma vez que expõe uma série de dados sensíveis, cuja proteção e armazenamento são do interesse de qualquer aluno.

3.3 ESCRITÓRIO MODELO, CLÍNICA JURÍDICA E DADOS COLETADOS

Entre as atividades de extensão universitárias, duas de relevância inquestionável se traduzem no escritório modelo e nas clínicas jurídicas. Notoriamente, tratam-se de ambientes nos quais os estudantes reúnem-se em equipes sob a supervisão de um professor no intuito de oferecer assistência jurídica gratuita e atender a indivíduos hipossuficientes da comunidade social próxima à instituição de ensino superior.

Adentrando na seara da proteção de dados, o desenvolvimento das clínicas jurídicas e do escritório modelo traz um desafio ainda maior para as IES, pois a instituição de ensino que desenvolve as duas atividades de extensão não apenas possui o dever de resguardar as informações dos que prestam a assistência jurídica (professores supervisores e alunos), como também de todos os usuários da comunidade que serão atendidos.

Importa frisar que tanto o escritório modelo quanto as clínicas jurídicas passam por um processo de triagem do assistido que busca o atendimento gratuito. Assim, a IES precisa resguardar de maneira adequada não apenas os titulares que passarão a ser assistidos nas atividades de ensino, como também daqueles que foram rejeitados na triagem prévia.

Se tratando especificamente do escritório modelo, conforme orientação do EMAJ da UFSC (Universidade..., s.D)., os documentos exigidos na triagem são: CPF, RG, comprovante de residência e comprovante de rendimentos. Quanto ao demonstrativo de renda do usuário do escritório modelo, não é preciso maiores reflexões para perceber a relevância na preservação dos dados. A

7 Redigida em observância a na Resolução nº 17/CUn/1997, na Resolução Normativa nº 52/CUn/2015, republicada com alterações da Resolução n° 22/CUn/2015, da Resolução Normativa nº 78/CUn/2016, da Resolução Normativa n° 101/CUn/2017, da Resolução Normativa nº 109/CUn/2017 e da Resolução Normativa n° 131/CUn/2019, na Resolução Normativa nº 121/2023/CGRAD, no Edital nº 11/2023/COPERVE, na Lei Federal nº 12.089/2009, de 11 de novembro de 2009, na Lei Federal nº 12.711/2012, de 29 de agosto 2012, alterada pela Lei n° 13.409, de 28 de dezembro de 2016 e na Portaria Normativa MEC n° 18/2012, de 11 de outubro de 2012, alterada pela Portaria Normativa MEC n° 09/2017.

sua hipossuficiência é condição *sine qua non* para ter direito ao atendimento, gerando o inerente dever da instituição de ensino em resguardar os dados financeiros do usuário assistido.

O mesmo pode ser dito para a própria natureza jurídica da lide que o indivíduo traz ao escritório modelo/clínica jurídica, vez que toda controvérsia é sensível por si só e podem receber contornos mais delicados caso possua reflexos em Direito de Família ou Direito Penal. Logo, o dever de resguardo e armazenamento do usuário do escritório modelo/clínica jurídica torna o desafio de adequação da LGPD ainda maior.

4. AS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES DA LGPD NO ENSINO JURÍDICO PÚBLICO FEDERAL

Uma implicação óbvia da publicação da LGPD e da EC nº 115/2022 é a inclusão da proteção de dados nos currículos dos cursos de graduação e pós-graduação de direito. Nesse ensaio, contudo, abordar-se-á as implicações referentes aos procedimentos internos, relativos à gestão destes cursos, pelas IES públicas federais.

A proteção de dados tornou-se direito fundamental, não apenas regulamentado por legislação própria como também fiscalizado pela ANPD. Isso porque, a LGPD ganhou vinculação imediata a todas as organizações estrangeiras ou nacionais que ofereçam serviços ou produtos a partir do monitoramento de dados de usuários residentes no Brasil.

É evidente que a LGPD também será observada no âmbito do ensino jurídico das IES públicas federais. Afinal, notoriamente, armazenam uma série de dados sensíveis de alunos, servidores e usuários de atividades de extensão:

> Considerando sua abrangência, a LGPD também terá um impacto significativo nas instituições de ensino superior devido aos serviços que prestam, pois as instituições de ensino superior também possuem dados importantes sobre alunos e professores, além de dados acadêmicos que são processados de forma diferenciada (Pereira Jr. e Stakoviak Jr., 2022).

A aplicação da LGPD no ensino jurídico em universidades públicas federais, e o consequente armazenamento de dados de alunos, servidores e demais usuários envolvem diversas práticas e medidas voltadas à conformidade com a legislação e à proteção dos dados pessoais, cujas adequação e observância são imperativas a fim de resguardar os dados dos titulares:

> Não há dúvidas que os processos internos de coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais e sensíveis realizado pelas IEs, deverão observar os preceitos estabelecidos na LGPD, e para tanto torna-se imprescindível a adequação, organizacional e tecnológica, dessas instituições, encarregadas de zelar pela segurança de alunos, professor, servidores e da própria comunidade do entorno, mormente as famílias. Juntamente às medidas de segurança as IEs deverão se adequar às inovações organizacionais, através da designação de um encarregado da proteção de dados (diuturnamente em cada IEs), que deverá supervisionar a conformidade com a LGPD, e atuar como ponto de contato para questões relacionadas a privacidade, chamado de Data Protection Officer — cuja sigla é DPO. No investimento em formação e trato com suas práticas, as IEs, ao constituir os membros responsáveis pela captação de dados gerais, dados sensíveis e/ou informações, como conditio sine qua non, deverão receber treinamento específico e atualização das normativas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, bem como conhecer suas implicações na internalização dessa poderosa cultura da rede (Candiani e Pereira, 2024).

É essencial que as instituições de ensino respeitem os princípios enunciados no artigo 6º da LGPD, no tocante ao princípio da necessidade, segundo o qual somente poderão ser coletados dados que forem essenciais para o contrato de ensino, os dados excessivos e desnecessários devem ser excluídos dos antigos modelos de contrato (Carvalho, 2022).

4.1 O MAPEAMENTO DE DADOS PESSOAIS E BASES LEGAIS

Uma das principais implicações da LGPD para o ensino jurídico público federal diz respeito à adequação das atividades de tratamento de dados pessoais, pelas IES, às hipóteses legais. Afinal, sem que as operações estejam embasadas nas previsões do art. 7º ou do art. 11 da LGPD (para dados pessoais e dados sensíveis, respectivamente), o controlador estará infringindo a norma e poderá ser responsabilizado administrativa e civilmente.

Para verificar se as operações de tratamento estão devidamente enquadradas nas bases legais, antes é preciso realizar um processo de mapeamento de dados. O mapeamento serve para que as IES verifiquem as categorias de titulares de dados tratados (alunos, servidores, terceirizados, assistidos dos escritórios modelo e clínicas jurídicas, pessoas envolvidas em pesquisas, etc.), as espécies de dados atreladas a cada categoria (nome, número CPF, data de nascimento, parentesco, raça, condição socioeconômica, filiação sindical, etc.) e o ciclo de vida dos dados dentro da organização, da coleta à eliminação (Stelzer *et al.*, 2019).

Quando o controlador estiver obrigado, por lei, a processar dados para um fim determinado, as atividades de tratamento estarão alicerçadas na hipótese de cumprimento de obrigação legal. A Administração Pública, ao seu turno, usufrui de uma base mais específica, sendo a ela garantida a possibilidade de tratamento de dados para execução de políticas públicas previstas em leis ou contratos (Reinke, 2023). Portanto, no ensino jurídico público federal, em geral, a base legal para o tratamento de dados será o cumprimento de obrigação legal (art. 7º, II e art. 11, II, "a") e a execução de políticas públicas (art. 7º, III e art. 11, II, "b").

As atividades de pesquisa fazem parte do fornecimento de ensino jurídico, já que a defesa de monografias é condição para obtenção de titulação nos currículos de graduação e pós-graduação *stricto sensu*, como visto no tópico anterior. A realização de pesquisas (acadêmicas e científicas) é uma base legal prevista no art. 7º, IV e no art. 11, II, "c" (Reinke, 2023) e, portanto, dá sustentação às pesquisas realizadas por discentes e docentes. As disposições da LGPD a respeito do tratamento de dados para pesquisas acadêmicas são um tanto confusas. O art. 4º, II, "b" dispõe que a lei não se aplica às atividades de tratamento realizadas com fins exclusivamente acadêmicos. No entanto, o mesmo dispositivo diz que, para essa finalidade, devem ser observadas as disposições dos art. 7º e 11 da LGPD. Assim, embora o texto legal abra espaço a interpretações diversas, é indubitável a necessidade de adequação às bases legais também nas atividades de pesquisa.

Deve-se levar em consideração, ainda, que pesquisas que envolvem dados pessoais, para que respeitem os direitos e a dignidade dos participantes, devem ser submetidas à aprovação por comitês de ética. Na UFSC, os projetos de pesquisa precisam ser avaliados previamente pelo Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos (CEPSH).

No desenvolvimento da pesquisa, o CEPSH exige que os pesquisadores obtenham dos titulares de dados envolvidos a assinatura de termos de consentimento livre e esclarecido (TCLE), sob pena dos pesquisadores, para publicarem os resultados, precisarem firmar termo de compromisso para uso de dados, no qual assumem a responsabilidade pela manutenção da privacidade e da confidencialidade das informações contidas na base de dados levantada[8]. Dessa forma, para evitar a exposição dos pesquisadores e das pessoas envolvidas, sugere-se que as pesquisas deem preferência a utilização de dados públicos e não sensíveis.

Os dados tratados em escritórios modelo e clínicas jurídicas, igualmente, podem ser enquadrados em base específica, já que a execução de obrigações previstas em contrato (como procurações) e o exercício regular de direitos em processos judiciais e administrativos são hipóteses

8 Tais documentos estão disponíveis em: https://cep.paginas.ufsc.br/files/2021/08/DOC_MODELO_TCLE_466_11092023-1.pdf e https://cep.paginas.ufsc.br/files/2021/08/Termo-de-Compromisso-para-Uso-de-Dados.pdf, e sua redação deveria ser atualizada, com base na LGPD.

de tratamento — art. 7º, V e VI e no art. 11, II, "d" (Brasil, 2018). Tais hipóteses são essenciais à garantia do direito fundamental de acesso à justiça dos assistidos e ao cumprimento de obrigações legais pelos docentes e discentes que os representam (Reinke, 2023).

Fora desse cenário, tudo indica para que o tratamento de dados possa ocorrer de forma lícita apenas mediante obtenção de consentimento, ou em relação a dados tornados manifestamente públicos pelo titular. O consentimento de que trata a LGPD, reforça-se, pressupõe o dever de informar o titular a respeito da finalidade específica, das atividades de tratamento que serão adotadas, de eventual compartilhamento com outras organizações, bem como deve ser manifestado por escrito, em cláusula destacada (Bueno, 2023). A LGPD diz que "as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas" (Brasil, 2018). Como também serão nulas as manifestações de consentimento que não representem a expressão livre do titular, com base nos conceitos tradicionais da legislação civil.

Últimas considerações importantes dizem respeito aos dados de crianças e adolescentes. As bases legais de tratamento não se alteram, entretanto, a LGPD determina que o tratamento de dados de titulares nessa situação depende do consentimento dos pais ou responsáveis. E, conforme apontam Candiani e Pereira (2024), "o melhor interesse, e a necessidade de proteção integral, conforme disciplina a legislação pertinente (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA)". Nas atividades atinentes ao ensino jurídico público federal, os dados de crianças e adolescentes podem ser relativos, por exemplo, aos alunos, aos dependentes dos servidores, aos assistidos e pessoas relacionadas a eles, às pessoas envolvidas em pesquisas acadêmicas. Tal qual o que ocorre com o tratamento de dados sensíveis, às informações de crianças e adolescentes devem ser operadas com atenção redobrada pelas IES.

Assim, conclui-se pela necessidade de mapeamento dos dados pessoais tratados pelas IES no fornecimento de ensino jurídico público federal, incluindo a categorização dos titulares dos dados, das espécies de dados atrelados e do seu ciclo de vida dentro da organização. Outra implicação principal da LGPD para o ensino jurídico público federal é o enquadramento das operações de tratamento às bases legais, porque, sem esse controle, as IES estarão violando a legislação e expondo-se à responsabilização. Trata-se de movimento inicial indispensável, sem o qual será impossível iniciar um processo geral de adequação.

Neste ponto, a conclusão superou a hipótese inicial, que mencionou apenas o enquadramento às bases legais, posto que o mapeamento de dados é requisito para avaliação do alinhamento das operações de tratamento às hipóteses previstas nos art. 7º e 11 da LGPD.

4.2 O DPO, AS POLÍTICAS INTERNAS E A ELIMINAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Além do mapeamento de dados pessoais e da adequação das operações de tratamento às bases legais, o ensino jurídico público federal deve adotar políticas internas voltadas à proteção dos dados pessoais e à privacidade. Essas políticas devem ser implementadas, fiscalizadas e aprimoradas sob orientação do DPO (encarregado de proteção de dados) e prever prazos para manutenção das informações na base de dados, bem como regras de eliminação.

No tópico 2.2, viu-se que o DPO serve como canal de comunicação entre a ANPD, o controlador e os titulares. A adequação à LGPD, portanto, demanda a indicação de um profissional com as certificações necessárias para atuar como DPO, em nome do órgão interno responsável pela gestão dos dados no âmbito dos cursos de graduação e pós-graduação em direito, nas IES públicas federais. A LGPD determina que a identidade e o contato do DPO sejam divulgados publicamente, no sítio eletrônico do controlador, para que cumpra sua função como canal de comunicação. Além disso, o DPO tem o dever de instruir todo processo de adequação à Lei, incluindo a criação das políticas internas, sua posterior fiscalização e aprimoramento contínuo. O encarregado deve dispor dos recursos necessários para orientar os colaboradores a respeito das práticas adotadas

pela organização e executar as atribuições inseridas em tais regulamentos, como "monitorar a conformidade das atividades de tratamento; recomendar a elaboração de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais; sugerir as salvaguardas para mitigar riscos" (Stelzer *et al.*, 2019).

A nomeação do DPO, assim, caminha em conjunto com a elaboração da política de privacidade e a implementação de medidas para segurança dos dados, pela IES. Esse sistema de governança deve englobar o treinamento dos operadores que irão agir em nome do controlador, o monitoramento e auditoria das bases de dados (Candiani e Pereira, 2024), a adequação do tratamento às finalidades informadas para coleta e a forma segura de armazenamento, conforme a classe dos dados (pessoais, sensíveis, anonimizados), a regulação do acesso aos dados, a adoção de medidas de segurança da informação (Stelzer *et al.*, 2019), em linha com critérios técnicos de tecnologia da informação, em especial para as operações de tratamento de dados em meio eletrônico. Quanto ao tratamento realizado em sites e aplicativos, faz-se a ressalva de que as políticas prevejam também a adequação em relação aos termos de uso e à coleta de dados de navegação dos usuários (Carvalho, 2022).

Isso evidencia a complexidade que as políticas internas devem circunscrever, para criar verdadeiros programas de governança, que requerem conhecimento legal e tecnológico (Pereira Jr. e Stakoviak Jr., 2022). Estas normas internas estão previstas na LGPD (art. 50) e, de acordo com o diploma legal, devem garantir o respeito aos direitos dos titulares, englobar todo conjunto de dados pessoais sob controle do controlador, ser moduladas ao volume das operações e à dimensão da organização, bem como levar em consideração a natureza dos dos dados tratados.

Por fim, ressalta-se que o regulamento interno adotado pelos cursos de direito precisa dispor sobre políticas de retenção de dados (Candiani e Pereira, 2024). Após a etapa inicial de diagnóstico, impõe-se a readaptação dos processos de tratamento, incluindo o redesenho do ciclo de vida dos dados pessoais, com regras para eliminação dos dados, de modo a evitar o armazenamento por prazo indeterminado sem sustentação legal. O término do tratamento deve ocorrer diante das seguintes hipóteses: verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; fim do período de tratamento; por requerimento do titular; e por determinação da ANPD. Com a ocorrência de uma dessas condições, o controlador deve realizar a eliminação, procedimento por meio do qual excluirá a informação, ou um conjunto de informações, do banco de dados (Brasil, 2018).

No caso dos cursos de direito públicos federais, alguns dados, como aqueles constantes nas monografias, podem ser armazenados indeterminadamente, em atenção à obrigação legal e ao interesse público, a depender da regulamentação de cada IES. Mas o armazenamento indeterminado é exceção, sendo que a regra geral deve ser a eliminação dos dados após o cumprimento da finalidade para a qual foram coletados.

Novamente os resultados obtidos superam a hipótese inicial. Mais do que o cuidado com a eliminação dos dados, para evitar o armazenamento ilegal, por prazo indeterminado, notou-se a importância de designação de um DPO e de elaboração de políticas internas abrangentes, capazes de criar um complexo sistema de governança de dados pessoais.

5. CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados trouxe uma série de desafios para o tratamento de dados pelas instituições de ensino superior públicas federais, tanto na esfera do ensino de graduação quanto de pós-graduação.

Conforme demonstrado ao longo do estudo, a CRFB/1988 estabeleceu o direito fundamental da educação e o dever de acesso da população ao ensino superior público federal. Diretamente relacionado ao ingresso universitário está o preenchimento do formulário de matrículas, devida-

mente munido de uma série de documentos que contém significativos dados pessoais e sigilosos. Esses dados, não custa lembrar, serão armazenados ao longo de todo o ínterim da graduação e, caso o aluno deseje dar continuidade à formação acadêmica, da pós-graduação.

Além disso, os cursos de graduação em direito envolvem o estágio curricular nos escritórios modelos ou clínicas jurídicas. Nesses espaços, as IES também deverão armazenar adequadamente os dados dos titulares que prestam o serviço de assistência jurídica gratuita e daqueles que recebem a mesma, na condição de hipossuficientes. Tanto no escritório modelo quanto na clínica jurídica, a IES recebe a comunidade hipossuficiente e, assim como no ato da matrícula estudantil, o indivíduo que pleiteia o atendimento jurídico precisa submeter um rol documental com informações sensíveis.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 115/2022, que inseriu o inciso LXXIX no rol do art. 5º da CRFB/1988, houve a inclusão da proteção de dados pessoais como Direito Fundamental. Assim, a fim de observar o dever de resguardo das informações pessoais, as universidades precisam adaptar suas práticas e políticas internas para garantir a conformidade com a LGPD, promovendo uma maior conscientização sobre a importância da privacidade e proteção de dados pessoais entre os alunos e profissionais da área jurídica.

Essas adaptações incluem o mapeamento dos dados tratados para posterior adequação às bases dos art. 7º e 11 da LGPD. E incluem ainda a designação de um DPO, a elaboração de políticas internas abrangentes, capazes de criar um complexo sistema de governança de dados pessoais. Dessa forma, as IES deverão adotar novas tecnologias de segurança da informação, capazes de tratar adequadamente os dados pessoais, até a sua eliminação.

Não se olvida que os desafios são notáveis, vez que a necessidade de investimentos em infraestrutura tecnológica e capacitação de pessoal é um obstáculo, especialmente em um contexto infeliz de restrições orçamentárias. Além disso, a complexidade da legislação e a rápida evolução tecnológica exigem uma adaptação contínua por parte das instituições.

Entretanto, ainda que tenha estabelecido novos percalços para o ensino jurídico, a LGPD impulsionou um bem-vindo processo de modernização e conscientização no ensino superior federal de direito, trazendo benefícios significativos para a formação dos alunos e a proteção dos dados pessoais. Apesar das dificuldades enfrentadas, a legislação representa um avanço crucial para a construção de uma cultura de privacidade e segurança da informação nas universidades.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Roberta Teles. *Ensino jurídico e direitos fundamentais*. Fortaleza: Expressão, 2008.

BRAMAN, Sandra. *The emergent global information policy regime*. In: BRAMAN, Sandra Braman (ed.). The emergent global information policy regime. Houndsmills: Palgrave Macmillan, 2004. p. 12–37.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.234, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. *Perguntas frequentes sobre educação superior*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/busca-geral/127-perguntas-frequentes-911936531/educacao-superior-399764090/14384-perguntas-frequentes-sobre-educacao-superior. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. *Plano Nacional de Educação*: Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Disponível em: https://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Disponível em: https://www.oabrn.org.br/arquivos/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf. Acesso em: 19 jun. 2024.

BUENO, Rafael Carvalho. *Lei Geral de Proteção de Dados, segredo de negócio e decisões automatizadas*: a suficiência da análise contrafactual para verificação de aspectos discriminatórios. 110 p. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

CANDIANI, I. F.; PEREIRA, O. J. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) nas instituições de ensino: desafios formativos para sua aplicação e gestão. *FUCAMP Cadernos*, v. 27, p. 31–52, 2024.

CARVALHO, GIZELLE GOMES. A proteção de dados como direito fundamental e a efetivação da LGPD nas instituições de ensino. *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 6 jun 2022. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58597/a-proteo-de-dados-como-direito-fundamental-e-aefetivao-da-lgpd-nas-instituies-de-ensino. Acesso em: 21 jun. 2024.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 19. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

CONSELHO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE CIÊNCIAS MÉDICAS. *Diretrizes éticas internacionais para pesquisas relacionadas à saúde envolvendo seres humanos*. 4. ed. Genebra: CIOMS; Brasília: CFM, 2018.

DOS SANTOS, Ivanna Pequeno; DE AMORIM, Rosendo Freitas. A democratização do acesso ao ensino superior no Brasil e seus reflexos nos cursos jurídicos. *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: CONPEDI, 2012.

DUENHAS, R. A.; FRANCA, M. T. A.; ROLIM, C. F. C. A expansão do número de matrículas no ensino superior é possível? Uma análise estática e dinâmica da eficiência na gestão das universidades públicas brasileiras. *Revista Espacios*, v. 36, p. E1, 2015.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: direitos dos titulares de dados pessoais. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-direitos-dos-titulares-de-dados-pessoais-24102018. Acesso em: 8 jun. 2024.

LANCHESTER, John. Você é o produto. Mark Zuckerberg e a colonização das redes pelo Facebook. *Revista Piaui*, Edição 132, São Paulo, set. 2017.

MAGNANI, Maria Cristina Brasil; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. "Regime" e "Informação": a aproximação de dois conceitos e suas aplicações na Ciência da Informação. *Revista IBICT*, v.7, n. 2, set. 2011, Rio de Janeiro, p. 593–610.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 21 jun. 2024.

PEREIRA JR, M. A.; STAKOVIAK JR, P. B. M. A Lei Geral de Proteção de Dados no ensino superior. *Humanidade & Inovação*, v. 9, n. 20, p. 2022.

REINKE, Carlos. *LGPD Explicada*: A Lei Geral de Proteção de Dados, Artigo por Artigo. s.L: Amazon, 2023.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton Das Neves; BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita. VAZ, Rafael Medeiros Popini; WIEIRA, Keite; FIDELIS, Monique De Medeiros. *A Lei Geral de Proteção de Dados*

Pessoais e os desafios das instituições de ensino superior para a adequação. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/201939. Acesso em: 1º jun. 2024.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Central de Atendimento ao Aluno*. s.D. Disponível em: https://ccj.ufsc.br/atendimento. Acesso em: 19 jun. 2024.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO EM PRECEDENTES DO TJRS EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 E O PARALELO DE SUA APLICAÇÃO EM CASOS DAS ENCHENTES NO RS EM 2024

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE THEORY OF UNFORESEEN EVENTS IN PRECEDENTS FROM THE TJRS IN COMMERCIAL LEASE CONTRACTS DURING THE COVID-19 PANDEMIC AND THE PARALLEL OF ITS APPLICATION IN FLOOD CASES IN RS IN 2024

GT 7 - Direito do Consumidor, Direito Empresarial e Direito Tributário

Camila Milena Matiello[*]
Gabriela Schmitz[**]

Resumo: A pandemia de COVID-19 é um evento imprevisível que resultou em diversos problemas econômicos para muitos comerciantes, resultando na ampla dificuldade em cumprir o que estava previsto no contrato de locação, tal como o pagamento regular que havia sido acordado. Nesse contexto, é pertinente a aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva para revisar os contratos de locação comercial, restabelecendo a igualdade econômica entre as partes. Ademais, em 2024 o Rio Grande do Sul, foi assolado por enchentes que prejudicaram a vida e a economia daqueles que residem no estado. Assim, este artigo, por meio de uma análise jurisprudencial, tem como objetivo estabelecer e compreender os padrões de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e verificar se as teorias podem ser aplicadas ao contexto das enchentes. Conclui-se que as decisões do TJRS são baseadas na imprevisibilidade do evento e na análise das condições econômicas do locatário, permitindo a aplicação da teoria da imprevisão em ambos os casos.

Palavras-chave: Imprevisão. Onerosidade Excessiva. Pandemia. Enchentes. Locação Comercial.

Abstract: The COVID-19 pandemic is an unpredictable event that resulted in various economic problems for many merchants, leading to widespread difficulty in fulfilling what was agreed upon in leasing contracts, such as the regular payment that had been established. In this context, it is relevant to apply the theory of unforeseeability and excessive burden to review commercial lease contracts, restoring economic equality between the parties. Furthermore, in 2024, the state of Rio Grande do Sul was devastated by floods that harmed the lives and economy of its residents. Thus, this article, through a jurisprudential analysis, aims to establish and understand the decision-making patterns of the Court of Justice of Rio Grande do Sul (TJRS) and to verify whether these theories can be applied to the flood context. It concludes that the TJRS decisions are based on the unpredictability of the event and the analysis of the tenant's economic conditions, allowing the application of the theory of unforeseeability in both cases.

Keywords: Unforeseeability. Excessive Burden. Pandemic. Floods. Commercial Lease.

1. INTRODUÇÃO

Em 2020, o mundo foi surpreendido por um evento imprevisível: a pandemia de COVID-19. Esta crise global determinou o isolamento social e o fechamento temporário de diversos estabelecimentos, especialmente no setor do comércio, o que ocasionou prejuízos no faturamento e tornou inviável a manutenção da locação dos imóveis destinados às atividades comerciais, ao menos nos termos inicialmente contratados. Esse contexto gerou, em muitos casos, uma onerosidade excessiva na relação contratual, abrindo espaço para a aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva pelos tribunais estaduais.

A teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, estabelecidas pelos arts. 317 e 480 do

*** Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4102200820369218. E-mail: camila.m.matiello@gmail.com.**

**** Graduanda da 9ª fase de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5078183779724868. E-mail: gabriela.schmitz2003@gmail.com.**

Código Civil, permitem a interferência do poder judiciário em contratos civis quando apresentam relações discrepantes. Contudo, os artigos mencionados não delimitam claramente os limites e as circunstâncias em que o judiciário pode operar, gerando incertezas quanto às possibilidades de revisão contratual frente a eventos imprevisíveis.

Em 2024, o estado do Rio Grande do Sul enfrentou um período de intensas chuvas, resultando em enchentes que afetaram significativamente moradores e empresas. Este novo cenário suscita questionamentos sobre como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) poderá utilizar a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva para reequilibrar as relações contratuais entre locadores e locatários comerciais.

Dada a incerteza quanto às decisões do TJRS em razão desse fato recém-ocorrido, este artigo busca compreender como a teoria da imprevisão foi aplicada pelo tribunal em julgamentos de contratos de locação comercial durante a pandemia de COVID-19 e como essa aplicação pode servir de paradigma para casos de revisão contratual devido às enchentes de maio de 2024 no Rio Grande do Sul.

A presente pesquisa adota uma metodologia qualitativa de análise jurisprudencial do TJRS, examinando decisões proferidas durante o período pandêmico relacionadas a contratos de locação comercial. A coleta de dados foi realizada através do portal de consulta jurisprudencial do tribunal, utilizando termos de busca específicos como *teoria da imprevisão, locação comercial, onerosidade e pandemia*. Após a filtragem dos resultados para identificar casos pertinentes ao objeto do estudo, foram selecionadas 38 decisões que versam sobre a possibilidade de revisão contratual no contexto da pandemia, analisando-se seus fundamentos e a aplicação das teorias nas circunstâncias específicas de cada caso.

O problema central que orienta este estudo é compreender se a aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade pelo TJRS em contratos de locação comercial durante a pandemia de COVID-19 servirá como referência para a provável aplicação dessa teoria nos casos de revisão contratual decorrentes das tragédias ocorridas em maio de 2024 no estado.

A relevância da pesquisa reside não apenas na análise de uma questão jurídica atual e aplicável, mas também na tentativa de oferecer uma perspectiva factível de como o Tribunal poderá agir diante das novas circunstâncias impostas pelas enchentes, ampliando o entendimento jurídico sobre o tema e proporcionando maior segurança jurídica para aqueles que pretendem solicitar a revisão de contratos de locação comercial.

2. A TEORIA DA IMPREVISÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

No vasto campo do direito contratual, a Teoria da Imprevisão e a Teoria da Onerosidade emergem como importantes instrumentos para a proteção das partes envolvidas em contratos quando circunstâncias atípicas interferem na sua execução. Esses institutos legais fornecem uma base sólida para a revisão ou rescisão de contratos, visando restabelecer o equilíbrio entre as partes e garantir a justiça nas relações contratuais.

2.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS

A Teoria da Imprevisibilidade, também conhecida como *imprevisão*, refere-se à situação em que eventos imprevisíveis afetam significativamente o equilíbrio contratual, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. De outro lado, a Teoria da Onerosidade Excessiva trata das situações em que mudanças nas circunstâncias tornam a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes.

Segundo Ramos (2017, p. 157), a Teoria da Imprevisão seria uma das exceções ao princípio da força obrigatória dos contratos:

> o princípio da força obrigatória também é excepcionado pela aplicação da chamada teoria da imprevisão, representada pela cláusula rebus sic stantibus, segundo a qual os direitos e deveres assumidos em determinado contrato podem ser revisados se houver uma alteração significativa e imprevisível nas condições econômicas que originaram a constituição do vínculo contratual.

Ainda, Orlando Gomes (2001, p. 32) explicita que a onerosidade excessiva ocorre "quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu".

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível perceber que as teorias, apesar de diferentes, complementam-se para firmar a possibilidade de revisão ou resolução contratual, conforme demonstra os artigos 478[1] e 480[2] do Código Civil. Assim, o artigo 478 suscita a aplicação da Teoria da Imprevisão, também tratando da Teoria da Onerosidade excessiva, uma vez que exige um fato além de ser imprevisível, sendo necessário que seja extraordinário e extremamente oneroso para uma das partes.

É importante notar que a Teoria da Imprevisibilidade e da Onerosidade Excessiva não isenta as partes de assumir riscos razoáveis ao celebrar um contrato. Em vez disso, ela fornece um mecanismo para lidar com situações verdadeiramente imprevisíveis que resultem em uma injusta desvantagem para uma das partes. A aplicação desta teoria depende da demonstração de que o evento imprevisto alterou substancialmente as condições originais do contrato, tornando sua execução excessivamente onerosa ou impraticável.

Essas teorias oferecem uma proteção adicional às partes contra situações em que o equilíbrio contratual é comprometido devido a fatores externos que não foram considerados no momento da celebração do contrato.

2.1.2 Aplicações práticas

No contexto da análise das Teorias da Imprevisibilidade e da Onerosidade, é crucial compreender os requisitos necessários para sua aplicação, que determinarão se uma situação específica justifica a revisão ou rescisão de um contrato.

O primeiro requisito para utilização de ambas as teorias é que o evento ou mudança nas circunstâncias deve ser externo ao contrato e às partes envolvidas, sendo um acontecimento extraordinário, imprevisto e imprevisível (Venosa, 2013, p. 464).

Enquadra-se como imprevisível, determinado acontecimento que as partes não poderiam prever, independente de diligências prévias no momento de pactuação do contrato. Assim, é verificado de forma objetiva, verificando-se que nenhum contratante normalmente teria como prever a ocorrência.

O segundo requisito é demonstrar que o evento foi verdadeiramente imprevisível no momento da celebração do contrato. Faz-se necessário mostrar que as mudanças nas circunstâncias resultaram em uma excessiva onerosidade para uma das partes, devendo configurar tamanho desequilíbrio na relação contratual que resulte em uma obrigação desproporcional.

Por fim, o último requisito é que o contrato seja de execução continuada ou diferida, visto que,

1 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

2 Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

se fosse de execução instantânea, não haveria sequer a possibilidade de existir um acontecimento imprevisível e que resultasse em onerosidade excessiva (Venosa, 2013, P. 465)

Em conclusão, os requisitos para a aplicação das Teorias da Imprevisibilidade e da Onerosidade desempenham um papel fundamental na garantia da justiça e equidade nas relações contratuais. Ao estabelecer critérios claros, tais como a necessidade de eventos externos ao contrato, a imprevisibilidade das circunstâncias e a alteração substancial nas condições contratuais, essas teorias buscam proteger os interesses das partes envolvidas e promover a estabilidade nas relações comerciais.

2.2 APLICAÇÃO DA TEORIA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL

Nos contratos de locação comercial, a aplicação dessas teorias é de particular importância dada a natureza prolongada da relação e a necessidade de estabilidade financeira para as partes envolvidas. Por conta disso, há a possibilidade de aplicar a teoria da imprevisão e onerosidade excessiva para ajustar contratos de locação em situações específicas

Durante a pandemia de COVID-19, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicou, em alguns casos, as teorias para revisar contratos de locação comercial, com foco em restaurar o equilíbrio na relação contratual e evitar situações de extrema desvantagem a uma das partes, conforme demonstra a pesquisa jurisprudencial realizada no presente artigo.

A recente ocorrência das enchentes no Rio Grande do Sul em 2024 apresenta um cenário similar, onde locatários comerciais podem buscar a aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva para renegociar os termos de seus contratos. As enchentes, sendo eventos imprevisíveis e extraordinários, causaram danos significativos às propriedades e interromperam atividades comerciais, justificando a revisão contratual para restabelecer o equilíbrio econômico entre locadores e locatários.

A aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva em contratos de locação comercial no direito brasileiro tem se mostrado um instrumento eficaz para garantir a justiça contratual em situações de crise. As experiências recentes ilustram a importância de tais mecanismos jurídicos para assegurar que os contratos possam ser ajustados de maneira equitativa, preservando as relações comerciais e contribuindo para a estabilidade econômica em tempos de adversidade.

2.2.1 Contexto jurídico

O contrato de locação é definido como a obrigação de uma das partes de conceder à outra, temporariamente, o uso e gozo de coisas não-fungíveis por meio de remuneração (Gomes, 2002, p. 329). Este contrato possui respaldo no artigo 565, do Código Civil de 2002, o qual estipula que "Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição."

Contudo, a legislação brasileira apresenta e distingue diversos tipos de locação, baseada na sua funcionalidade e necessidade. O Código Civil traz a locação das coisas (sobre coisas não-fungíveis), enquanto a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991) explicita a locação sobre prédio urbano, residencial (utilizado para a moradia) e comercial (que possui a finalidade para o desenvolvimento de atividade empresarial). Além disso, tem-se o prédio rural, que apresenta-se no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964).

Os diferentes tipos de locação são essenciais para uma maior especificação e compreensão da matéria trabalhada. Assim, é necessário compreender mais aprofundadamente sobre a lei do inquilinato e, mais especificamente, sobre a locação de prédios empresariais. Uma vez que a Lei do Inquilinato é a responsável por definir e tipificar as locações de prédios urbanos, sejam para fins residenciais ou empresariais, assim, distingue quais são os direitos e deveres de cada parte

do contrato, perante a sua propriedade alocada.

A Lei do Inquilinato foi publicada em 18 de outubro de 1991, com a finalidade de dispor sobre as locações provenientes de imóveis urbanos, tal como suas classificações e demais procedimentos sobre sua íntegra.

Conforme Canaris (2006), a Lei n° 8.245/1991 estabelece os regramentos que incidem sobre o procedimento de locação de imóveis urbanos, delineando os direitos e deveres tanto do locador (proprietário do imóvel) quanto do locatário (aquele que aluga o imóvel do proprietário). Assim, a Lei do Inquilinato tem como objetivo principal estabelecer parâmetros contratuais e normativos que permitam a realização de locações de imóveis urbanos, padronizando o amparo legislativo sobre o assunto.

Com base nisso, é imprescindível analisar a capacidade de possuir e produzir direitos relacionados aos imóveis urbanos, uma vez que tal capacidade é intrinsecamente subjetiva quando exercida de maneira independente de qualquer relação com terceiros. É fundamental destacar que nenhum aspecto relacionado ao direito de propriedade pode ser dissociado de sua função social e dos demais princípios e garantias constitucionais (Canaris, 2006).

Dessa forma, estabelecem-se os contratos comerciais, compreendidos como aqueles contratos de locação não residencial que possuem renovação compulsória. A legislação pertinente a esse tema está delineada nos arts. 51 a 57 da Lei do Inquilinato, os quais tratam especificamente dos contratos de locação empresarial. De acordo com esses artigos, para que haja a possibilidade de renovação, os contratos devem ser firmados por um período mínimo de cinco anos, sem que haja mudança no ramo de atividade por pelo menos três anos.

2.3 IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 E DAS ENCHENTES DE 2024 NO RS

2.3.1 Efeitos econômicos

No ano de 2020, iniciou-se os processos de contenção da pandemia do COVID-19, que gerou diversas mudanças nas realidades sociais vivenciadas pelo cidadão brasileiro, com a imposição de um sistema de isolamento social. A pandemia resultou em uma crise econômica que atingiu profundamente o tecido produtivo do país, levando parte considerável das empresas a fechar de maneira definitiva suas portas ou ter seu faturamento abaixo dos níveis esperados.

De acordo com os dados de 2020 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aproximadamente 1,3 milhão de empresas tiveram que fechar suas portas temporariamente ou definitivamente na primeira quinzena de junho de 2020. Dentre essas empresas, 39,4% afirmaram que o fechamento foi consequência direta da pandemia, e a grande maioria dessas empresas, cerca de 99,8%, eram de pequeno porte. Assim, demonstra-se que o impacto da pandemia afetou diversos setores econômicos de maneira significativa, sendo 40,9% das empresas do comércio, 39,4% dos serviços, 37,0% da construção e 35,1% da indústria foram forçadas a interromper suas atividades.

Uma pesquisa realizada por Mauro Oddo Nogueira e Rafael De Farias Costa Moreira (2023), revelou que as micro e pequenas empresas (MPE) foram as mais atingidas pela pandemia devido à queda brusca de demanda, interrupção das atividades e, em muitos casos, o fechamento definitivo de diversos empreendimentos. Sob esse cenário, foi realizada uma análise dos dados sobre o estoque de capital, o fechamento de empresas por porte e setor, e a estimativa da quantidade de ativos fixos descartados no fechamento de empresas permitiu calcular a perda de capital das MPEs durante a crise provocada pela pandemia. Estima-se que essas perdas variem entre R$ 9,1 bilhões e R$24,1 bilhões, considerando valores de dezembro de 2020. Os setores mais afetados foram o comércio, com perdas entre R$ 3,9 bilhões e R$ 7,3 bilhões, e os serviços, com perdas

entre R$ 3 bilhões e R$ 8,7 bilhões.

Além dos dados sobre fechamentos temporários e definitivos, a mesma pesquisa revelou informações importantes sobre as empresas que conseguiram permanecer abertas. Dos 67% das empresas que ainda estavam operando naquele momento, 71% registraram faturamento inferior aos níveis pré-pandemia e 64% enfrentavam dificuldades para realizar pagamentos de rotina. Em junho de 2020, apenas 24% das empresas com menos de cinquenta funcionários estavam abertas e conseguiam operar sem dificuldades para pagar suacontas diárias. Isso evidencia o grande impacto financeiro que a pandemia teve, mesmo entre as empresas que não fecharam suas portas.

O estado do Rio Grande do Sul acompanhou a tendência observada em outras regiões do país, registrando uma queda de 7% no Produto Interno Bruto (PIB) no ano de 2020. De acordo com dados divulgados pelo site oficial do governo estadual, o setor do comércio foi particularmente impactado, apresentando uma retração de 5,4%. As maiores perdas foram observadas nos segmentos de tecidos, vestuário e calçados, que registraram uma queda expressiva de 28,8% (Benites, 2021).

Apesar do cenário desafiador, Vagner Benites (2021) observa que alguns setores do comércio obtiveram desempenho positivo. Destacam-se, nesse sentido, os segmentos de materiais de construção, hipermercados, supermercados e artigos farmacêuticos, de perfumaria e cosméticos, que contribuíram para atenuar os efeitos negativos no setor como um todo.

Posterior ao advento da pandemia, no primeiro semestre de 2024, o Rio Grande do Sul enfrentou uma nova tragédia ambiental, humanitária e econômica, tendo resultando em dezenas de mortos e desaparecidos, como resultado das enchentes que assolaram o estado. Devido a essa situação, o Decreto Estadual 57.626 de 21 de maio reconheceu 78 municípios em estado de calamidade e 340 em Situação de Emergência, na qual, de acordo com FIERGS (2024), concentravam-se locais que sediaram 47 mil indústrias, nas quais empregam 813 mil pessoas.

Apesar da carência de informações concretas, Claudia (2024), por meio da Agência Brasil afirma que a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) estima que houve uma perda diária de receitas na ordem de R$123 milhões, acumulando um prejuízo de R$3,32 bilhões no mês de maio com as enchentes no Rio Grande do Sul.

2.3.2 Efeitos jurídicos

Ao analisar a pandemia do COVID-19, é possível compreender uma grave crise econômica decorrente do isolamento social, que resultou em uma paralisação total e parcial das atividades empresariais e comerciais. Nesse sentido, Alcântara, Resende, Mendes, Nogueira e Oliveira (2021) discorrem sobre as consequências jurídico-econômicas no âmbito privado para revisão e redução dos valores dos contratos para aluguel, apresentando os dados da Fundação Getulio Vargas (FGV), que demonstraram o Índice geral de preços - mercado (IGP-M/FGV) em 2020, que é o principal e mais comum índice utilizado para a correção monetária dos contratos imobiliários, que variou 0,96% em dezembro de 2020, enquanto no período entre janeiro e dezembro de 2020, o índice acumulou uma alta de 23,14%. O valor apresentado em 2020, foi muito superior ao de 2019 que acumulou uma alta de apenas 7,3% em 12 meses. Isso demonstra a forma pela qual a pandemia aumentou os gastos com aluguel, no momento em que os setores empresariais e comerciais enfrentavam uma crise econômica.

De uma forma similar, as enchentes do Rio Grande do Sul resultaram em uma crise econômica, com os dados fornecidos por Amado (2024) pela Agência Brasil, é demonstrado a necessidade de uma análise do Índice Geral de Preços - Mercado (IGP-M), para o mês de maio, em que foi decretado estado de calamidade pública para algumas regiões do estado. No mês de maio de 2024, o IGP-M subiu 0,89%, registrando uma aceleração comparada ao mês anterior, em que apresentou uma taxa de 0,31%.

3. METODOLOGIA

O artigo foi elaborado com o objetivo de fornecer uma análise qualitativa da jurisprudência do Tribunal Judiciário do Rio Grande do Sul, para buscar demonstrar um padrão de medidas tomadas pelo tribunal, a fim de compreender qual o entendimento e aplicação da teoria da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva nos casos de locação comercial na pandemia. Isso com o objetivo de oferecer projeção acerca das medidas que poderão ser tomadas no período das enchentes de maio de 2024.

Desta maneira, utilizou-se o site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para pesquisa, através do campo de consulta jurisprudencial. Para uma primeira análise, datada no dia dois de julho de 2024, foi selecionada a busca por "teoria da imprevisão" e "locação comercial", na qual resultou em oito julgados. Posteriormente, no dia quatro de julho de 2024, buscou-se pelas palavras “imprevisão e pandemia e locação”, que gerou 47 resultados.

Além disso, também em quatro de julho de 2024 , foram selecionadas as palavras “onerosidade e pandemia e locação comercial”, que resultaram em 15 processos. Por último, na data do dia cinco de julho de 2024, foram utilizadas as palavras “onerosidade e pandemia e locação”, resultando em 64 processos, com agravos de instrumento, apelação civil e recursos especiais.

Em seguida, após filtrar os casos relevantes para o objeto desta pesquisa, realizou-se uma análise dos processos encontrados. Assim, excluíram-se aqueles cujos acontecimentos ocorreram sem relação com a pandemia do COVID-19, assim como aqueles que não englobavam locações comerciais, ou não se utilizavam da teoria da imprevisão ou da onerosidade como fundamento e, também, os casos envolvendo locação em shopping center em razão das particularidades dessa relação contratual.

Ao realizar a pesquisa, analisou-se a jurisprudência, a fim de compreender qual era o contexto fático em que o processo estava inserido, os fundamentos utilizados na elaboração do voto e como aplicam as teorias da imprevisibilidade e da onerosidade dentro dos casos em específicos. Com estas informações foi possível fazer uma análise das decisões do tribunal do Rio Grande do Sul. Assim, completou-se a pesquisa com 38 decisões que versam sobre a possibilidade de revisão contratual, em meio a pandemia do COVID-19.

4. RESULTADOS

4.1 JULGAMENTOS DO TJRS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Com o intuito de compreender os tipos de decisões e fundamentos estabelecidos pelo Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul, em sua jurisprudência sobre a locação comercial durante a pandemia de COVID-19. A pesquisa dividiu-se em dois segmentos, que visam analisar os aspectos da aplicação da teoria da imprevisão, e outra, para a teoria da onerosidade excessiva. De modo, que estabeleceu-se um padrão mais assertivo quanto às decisões proferidas, utilizando-se de fundamentos semelhantes em decisões de mesmo segmento.

4.1.1 Análise dos processos

PROCESSO	FUNDAMENTO DO PEDIDO	DECISÃO	FUNDAMENTO DA DECISÃO
5000743-91.2021.8.21.0077	Pedido de revisão contratual para rever o valor do aluguel de um salão de beleza, devido a brusca redução do seu faturamento, ocasionado pela pandemia.	Indeferimento	Inaplicabilidade da imprevisibilidade e onerosidade excessiva, pois, apesar da pandemia ser considerada fato imprevisível, não representa excessiva vantagem à outra parte.

5002325-35.2020.8.21.5001	Pedido de revisão contratual que vise restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes, devido ao fechamento da academia em decorrência da pandemia.	Indeferimento	Inaplicabilidade da teoria pois não ocorreram mudanças supervenientes supervenientes das circunstâncias iniciais.
5001513-62.2020.8.21.1001	Pedido de revisão contratual para a redução do aluguel, devido aos prejuízos sofridos pelo restaurante em relação a pandemia.	Indeferimento	Não foi comprovada a incapacidade financeira da locatária nem a desproporção significativa entre o valor da prestação e o rendimento obtido.
5020027-85.2022.8.21.0001	Pedido de revisão de uma sentença, que reduziu o valor do aluguel, em decorrência do baixo faturamento de um ponto comercial, ocasionado pela pandemia e do aumento do valor do aluguel. Afirmando que não houve onerosidade excessiva entre as partes.	Indeferimento	A teoria da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva foi aplicada, pois a pandemia é considerada um evento imprevisível, que proporcionou perda excessiva no faturamento da parte autora.
5004418-68.2020.8.21.5001	Pedido de revisão contratual para a redução do aluguel, devido aos prejuízos sofridos pela empresa na pandemia, que gerou um onerosidade excessiva para uma das partes.	Indeferimento	Inaplicabilidade da imprevisibilidade e onerosidade excessiva, pois, apesar da pandemia ser considerada fato imprevisível, a parte não comprovou a queda em seu faturamento em decorrência da pandemia.
5020825-93.2020.8.21.0008	Trata-se de ação de despejo, devido a inadimplência com os locativos e a demais encargos do imovel. Enquanto a ré alega que estava impossibilitada de pagar por conta da pandemia, e por isso, esta defende a revisão contratual com a utilização da teoria da imprevisão.	Indeferimento	Inaplicabilidade da imprevisibilidade e onerosidade excessiva, pois, apesar da pandemia ser considerada fato imprevisível, a parte ré não realizou o pagamento de um único locativo.
5003631-23.2020.8.21.0027	Solicitação da isenção do pagamento de multa de rescisão contratual, pois a entrega prematura do imovel ocorreu por motivo de um evento imprevisível.	Indeferimento	Inaplicabilidade da imprevisibilidade e onerosidade excessiva, pois a parte apresentou ganhos consideráveis em período pandêmico, de modo a não ocasionar em uma onerosidade excessiva entre as partes.
5060912-78.2021.8.21.000	Pedido de revisão contratual para a redução do aluguel, devido aos prejuízos sofridos pela loja em relação a pandemia.	Indeferimento	Inaplicabilidade da imprevisibilidade e onerosidade excessiva, pois não foi comprovado a queda do faturamento em decorrência da pandemia, devido as provas anexadas serem unilaterais, assim, não poderiam ser utilizadas.

5001302-42.2020.8.21.0155	Pedido de revisão de uma sentença que determinou a isenção do pagamento da multa contratual, pelo evento imprevisível, que foi a pandemia. A parte alega que a ré possui uma clínica terapêutica, por isso não deveria ter ficado fechada, além de ter realizado o contrato em março de 2020, demonstrando que esta já sabia da gravidade que seria a pandemia.	Indeferimento	A teoria da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva foi aplicada, pois a pandemia é considerada um evento imprevisível, que proporcionou perda excessiva no faturamento da autora, gerando uma onerosidade excessiva entre as partes.
5004881-59.2021.8.21.3001	Pedido de isenção do pagamento de multa contratual, em decorrência do prejuízo e baixo faturamento enfrentados pelo ponto comercial durante a pandemia, um fato imprevisível.	Deferimento	A teoria da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva foi aplicada, pois a pandemia é considerada um evento imprevisível, que proporcionou perda excessiva no faturamento da autora, gerando uma onerosidade excessiva entre as partes. Assim, não foi realizado o pagamento da multa de rescisão.
5000569-24.2020.8.21.0140	Pedido de revisão de decisão que delimitou uma ação de despejo com cobranças dos alugueis em atraso. A parte alega que não pode pagar osalugueis por conta da pandemia, e utiliza-se como fundamento a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva entre as partes.	Indeferimento	Inaplicabilidade da imprevisibilidade e onerosidade excessiva, pois a parte não comprovou a queda em seu faturamento durante a pandemia. Assim, não se pode alegar onerosidade excessiva.
5017925-27.2021.8.21.0001	Pedido de revisão contratual para a redução do aluguel, devido aos prejuízos sofridos pela empresa na pandemia, que gerou um onerosidade excessiva para uma das partes.	Parcialmente deferida	A teoria da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva foi aplicada, pois a pandemia é considerada um evento imprevisível, que proporcionou perda excessiva no faturamento da autora, gerando uma onerosidade excessiva entre as partes. Assim, foi reduzido o valor do aluguel, para os períodos de abril a outubro de 2020.
5044452-50.2020.8.21.0001	Pedido de isenção do pagamento da multa de reincidência contratual e das demais penalidades previstas. A parte alega que foram impossibilitados de manter o funcionamento do restaurante, gerando um enriquecimento sem causa para uma das partes.	Indeferimento	Inaplicabilidade da imprevisibilidade e onerosidade excessiva, pois a parte não comprovou a queda em seu faturamento no período da pandemia. De modo que a alegação de prejuízo econômico pelo estado epidêmico não passou de mera ilação.

5032383-49.2021.8.21.0001	Ação com pretensão de redução dos encargos contratados por conta dos efeitos da pandemia do Coronavírus, uma vez, que já ocorreu o despejo.	Indeferimento	Não foi comprovada a incapacidade financeira da locatária nem a desproporção significativa entre o valor da prestação e o rendimento obtido.
5006220-44.2020.8.21.0073	Recurso contra decisão que determinou a rescisão da locação comercial, por força maior, afastando a multa pela rescisão antecipada, sob o fundamento que a apelante já estava ciente da pandemia e da sua gravidade ao firmar o contrato, além da capacidade desta para manter seu negócio durante a pandemia,	Indeferimento	Não foi aplicada a teoria da imprevisão para a rescisão contratual, visto que o locatário não tinha como prever os efeitos da pandemia.
5006698-95.2020.8.21.3001	Pedido de revisão de uma ação que condenou a recorrente a pagar débitos em atraso. A autora sustenta que a cobrança ser inviável a cobrança, tendo em vista os prejuízos que sofreu em decorrência da pandemia, por isso, solicitou a redução em 50% do valor.	Parcialmente deferido	A teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva foram aplicadas, determinando a redução em 30% do débito, pois as atividades comerciais ficaram notoriamente prejudicadas em razão das restrições impostas pela pandemia da COVID-19.

4.1.1.1 Padrões de decisão

Com a análise jurisprudencial, chegou-se ao total de 21 processos que utilizavam-se da teoria da imprevisão como principal fundamento para a decisão compreendida. Assim, dentre esses apenas seis processos realizam uma revisão contratual em face do evento imprevisível que foi a pandemia, optando por reduzir o aluguel, ou retirar a multa de rescisão. De uma forma similar, 14 processos utilizam-se da teoria da onerosidade excessiva como principal fundamento, e dentro desses, o total de nove a teoria é devidamente aplicada.

Para que pudesse chegar a esta conclusão, é analisada a incidência do art. 317, que versa sobre os eventos imprevisíveis que incidem sobre a desproporção entre o valor da prestação devida e o do momento da sua execução. Com isso, configura-se a pandemia como um evento extraordinário e imprevisível, pois esta é caracterizada como um fato inesperado, que causou uma crise que se estendeu a toda população e comércio. Além disso, este evento acarretou no fechamento de estabelecimentos comerciais, de modo que o imovel locado não pode ser utilizado.

Ademais, se faz necessário analisar o caso concreto, para compreender o motivo pelo qual o comerciante teve seu faturamento reduzido, sendo exclusivamente em razão do evento imprevisto, neste caso, a pandemia de COVID-19. Em contrapartida, as decisões não devem ser analisadas somente pela pandemia, de modo a ter que se comprovar a onerosidade excessiva entre as partes contratantes, que se sucedeu com evento. Sob análise das condições econômicas do locatário, em momentos anteriores a pandemia, em comparação ao vivenciado durante o evento.

Assim, se estabeleceram dois fatores para a aplicação da teoria da imprevisão, que versam sobre os impactos econômicos advindos de um evento imprevisível, gerando excessiva onerosidade entre as partes contratantes. De modo que, se o locatário, conseguisse comprovar que teve seu

faturamento reduzido em consequência da pandemia, enquanto o locador manteve suas condições iniciais, o contrato pode ser revisto exclusivamente em tempos de prejuízos para o locatário.

Com isso, pode-se perceber que a análise da teoria da imprevisão não possui efeitos exclusivos, fazendo com que apenas o evento imprevisível não seja suficiente para gerar uma revisão contratual, pois esta análise só poderá ser feita se comprovada a onerosidade entre as partes.

4.1.1.2 Exemplos de casos

4.1.1.2.1 Processo nº 5001302-42.2020.8.21.0155/RS

O recurso em questão teve como objeto a revisão de uma sentença que determinou a isenção do pagamento de multa, sobre o encerramento do aluguel de uma clínica terapêutica, que teve seu faturamento reduzido em função da pandemia, e das medidas que a permeavam. Desta forma, a parte alega que por se tratar de uma clínica médica, não foi fechada durante o período pandêmico, assim, não há como a ré possuir um faturamento inferior ao esperado. Ademais, a apelante afirma que a parte ré é médica, e deveria saber de antemão sobre a gravidade da pandemia do COVID-19 e por isso, o evento não deveria ser tratado como imprevisível.

Em sua análise, o desembargador Roberto Carvalho Fraga, afirma que o rompimento de um contrato pode vir de um acontecimento extraordinário e imprevisível que ocasiona em um desequilíbrio contratual, fazendo com que uma das partes torne-se excessivamente onerosa, sendo esta a situação comprovada no caso.

Além disso, o desembargador oferece uma análise sobre as relações contratuais, e a forma como se pode compreender a pandemia, ao afirmar que, caso o contrato tenha sido celebrado em período anterior à pandemia, pode-se atribuir o acontecimento à própria pandemia. Entretanto, se o contrato for celebrado posterior a pandemia, pode-se atribuir o acontecimento ao agravamento da crise com a onda de contaminações. Assim, teve-se a comprovação de um evento imprevisível que gerou onerosidade entre as partes, possibilitando a aplicação da teoria da imprevisão sobre este caso. Veja-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REDUÇÃO DE MULTA CONTRATUAL DE **LOCAÇÃO** DE IMÓVEL PARA FINS COMERCIAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. TUDO QUE FOI ALEGADO E DEBATIDO NOS AUTOS, FOI PLENAMENTE JUSTIFICADO. TRATA-SE NITIDAMENTE DE FATO IMPREVISÍVEL QUE PERMITE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA **IMPREVISÃO**. OS EFEITOS DA **PANDEMIA**, CAUSARAM UMA CRISE QUE SE ESTENDEU A TODA POPULAÇÃO E COMÉRCIO. RESTOU COMPROVADO PELOS DOCUMENTOS ANEXOS QUE A APELADA TEVE SEU FATURAMENTO BASTANTE REDUZIDO, CUJOS EFEITOS NÃO ERA POSSÍVEL À LOCATÁRIA EVITAR OU IMPEDIR, E QUE AUTORIZAM A RESCISÃO ANTECIPADA DO CONTRATO COM DISPENSA DA MULTA CONTRATUAL. MANTIDA A DECISÃO PROLATADA EM SENTENÇA, RECONHECENDO A ONEROSIDADE EXCESSIVA E O FATO SUPERVENIENTE E IMPREVISÍVEL, MANTENDO, DESTARTE, O AFASTAMENTO DA MULTA CONTRATUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 50013024220208210155, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em: 29-03-2023).

4.1.1.2.2 *Processo nº 5053894-58.2021.8.21.7000/RS*

De uma forma semelhante, este caso, no qual buscou-se a revisão de um contrato de locação comercial, para um empresa no ramo alimentício, uma vez que esta sofreu prejuízos em face da pandemia.

No julgamento, a desembargadora Vivian Cristina Angonese Spengler, reconheceu a pandemia como um evento imprevisível, e dispôs sobre a onerosidade excessiva que se formou diante das restrições impostas ao ramo alimentício, fazendo com que o locatário tivesse um prejuízo não esperado, criando uma situação excessivamente onerosa para o locador. Assim, sua decisão foi

em prol de aplicar a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, presente nos arts. 317 e 480, e reduzir o valor do aluguel para 80% daquele que havia sido acordado.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. **LOCAÇÃO COMERCIAL** RAMO ALIMENTÍCIO. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUÉIS. TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA. MEDIDAS DE RESTRIÇÃO IMPOSTAS EM RAZÃO DA **PANDEMIA** DA COVID-19. DETERMINAÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS DE 50% DO VALOR DOS LOCATIVOS. CONSTATADA, EM JUÍZO SUMÁRIO DE COGNIÇÃO, A SUPERVENIÊNCIA DE **ONEROSIDADE** EXCESSIVA AO LOCATÁRIO, AUTORIZANDO A FIXAÇÃO DE ALUGUEL PROVISÓRIO. CONFIGURADOS OS REQUISITOS DO ART. 300, CAPUT, DO CPC/2015 (VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS E RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO). ALTERAÇÃO, CONTUDO, DO PERCENTUAL DO ALUGUEL PROVISÓRIO ESTABELECIDO PELO JUÍZO A QUO PARA 80% DO VALOR ATUALMENTE EM VIGÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 68, INC. II, ALÍNEA 'B', DA LEI N°8.245/1991. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(Agravo de Instrumento, Nº 50538945820218217000, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em: 19-08-2021).

4.1.1.2.3 Processo nº 5001513-62.2020.8.21.1001/RS

O caso apresenta a uma ação para solicitar a redução do aluguel, de um imovel para qual mantém seu restaurante, e teve seu faturamento prejudicado pela pandemia.

Em sua decisão, a desembargadora Deborah Coleto Assumpção de Moraes, compreende a pandemia como um evento imprevisível, que resultou em graves efeitos econômicos devido às medidas sanitárias impostas. Contudo, ela afirma que para utilizar-se das teses previstas nos artigos 17, 393 e 428 devido às condições econômicas do réu, uma vez que este era plenamente capaz de manter o pagamento do aluguel, sem a necessidade de redução. De modo que por sua análise, a aplicação da teoria da imprevisão, poderá se relacionar somente se for demonstrada a onerosidade presente entre as partes. Observe-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. **LOCAÇÃO COMERCIAL**. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. ALEGADA TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA EM RAZÃO DA **PANDEMIA**. BRUSCA REDUÇÃO DE LOCATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA DA VONTADE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 50015136220208211001, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Deborah Coleto Assumpção de Moraes, Julgado em: 26-10-2023).

4.1.1.2.3 - Processo n. 5020825-93.2020.8.21.0008

Refere-se a uma ação de despejo movida pela inadimplência com os locativos os demais encargos do imovel. Em contrapartida, a parte ré alega que estava impossibilitada de manter o pagamento do aluguel, por conta dos efeitos da pandemia, e que assim, deveria ser concedia a ela uma revisão contratual utilizando da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva.

> APELAÇÃO. **LOCAÇÃO**. AÇÃO DE DESPEJO. PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL ACOLHIDA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA **IMPREVISÃO**. CABIMENTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR EFETIVA OCORRÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL. ÔNUS PROBATÓRIO DA PARTE RÉ, ENTÃO LOCATÁRIA. CASO CONCRETO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À **PANDEMIA** E A DIFICULDADE FINANCEIRA DA LOCATÁRIA NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 50208259320208210008, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leoberto Narciso Brancher, Julgado em: 26-04-2023).

Com base nisto, o desembargador Leoberto Narciso Brancher, afirma que a revisão contratual é possível quando a situação se enquadra no artigo 317 do código civil, ao demonstrar uma onerosidade excessiva entre as partes, que se formou devido a um evento imprevisível.

Contudo, no caso em questão, o locatário não apresentou provas viáveis que comprovam os prejuízos que obteve devido ao período pandêmico, sendo este um fator essencial para a aplicação da teoria. Ademais, o desembargador enfatiza que ambas as partes foram igualmente afetadas pelo mesmo evento imprevisto, resultando em prejuízos. Isso impossibilita a concessão de maiores benefícios a uma das partes, que já recebeu vantagens significativas para a manutenção do contrato.

Dessa forma, não foi aplicada a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, uma vez que, apesar do evento imprevisível, não se pode comprovar a desproporção contratual entre as partes. Portanto, faz-se necessário manter o contrato conforme acordado originalmente entre as partes.

4.2 PROJEÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO EM ENCHENTES DE 2024

A análise dos julgados durante a pandemia de COVID-19 pode gerar resultados valiosos sobre como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) ao abordar casos de revisão contratual diante de eventos imprevisíveis e extraordinários. A análise comparativa entre as situações enfrentadas durante a pandemia e as enchentes, bem como a identificação de tendências futuras, são essenciais para prever a atuação judicial em cenários de crise.

4.2.1 Análise comparativa

A pandemia foi caracterizada, pelo TJRS, como um evento extraordinário e imprevisível, causando uma crise generalizada que afetou a população e o comércio. O fechamento de estabelecimentos comerciais impediu o uso dos imóveis locados, justificando a revisão dos contratos de locação. A comprovação de que a redução no faturamento do comerciante foi exclusivamente devido à pandemia foi essencial para a aplicação da teoria da imprevisão. Além disso, era necessário demonstrar a onerosidade excessiva entre as partes, comparando as condições econômicas do locatário antes e durante a pandemia.

A mesma abordagem pode ser projetada para as enchentes de 2024. As enchentes, sendo eventos imprevisíveis, causaram danos significativos e interrupções nas atividades comerciais, justificando a aplicação da teoria da imprevisão para revisar contratos de locação. A análise dos impactos econômicos e a comprovação de onerosidade excessiva serão cruciais para as decisões judiciais.

4.2.1 Tendências futuras

A análise dos julgados durante a pandemia de COVID-19 indica algumas tendências futuras na aplicação da teoria da imprevisão pelo TJRS em contextos de crise. Uma tendência clara é a flexibilidade de ajustar os termos contratuais para refletir as novas realidades econômicas enfrentadas pelas partes apenas quando forem verificados os requisitos para aplicação das teorias e a direta ligação entre o evento imprevisível e eventual onerosidade excessiva. Isso inclui a concessão de reduções temporárias no valor do aluguel, prorrogações nos prazos de pagamento e outras medidas destinadas a evitar a resolução dos contratos.

Além disso, a crescente jurisprudência sobre a teoria da imprevisão pode levar a um refinamento dos critérios e procedimentos utilizados pelo TJRS para analisar casos de onerosidade excessiva. A padronização de práticas judiciais pode contribuir para a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, beneficiando advogados, juízes e partes envolvidas em contratos de locação comercial.

Por fim, a projeção da aplicação da teoria da imprevisão nas enchentes de 2024, baseada na análise comparativa dos julgados durante a pandemia de COVID-19, indica uma tendência do TJRS em adotar medidas que promovam o equilíbrio contratual e a justiça em situações de crise com cautela, visto que necessário verificar se estão presentes todos os requisitos necessários. A iden-

tificação dessas tendências é fundamental para antecipar a atuação judicial em futuros eventos imprevisíveis e para orientar as partes na renegociação de contratos de locação comercial.

5. CONCLUSÃO

A análise da aplicação da teoria da imprevisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) durante a pandemia de COVID-19 oferece um valioso entendimento sobre como o judiciário pode lidar com eventos imprevisíveis que causam onerosidade excessiva entre os contratantes. A pandemia foi um evento extraordinário que gerou uma crise econômica sem precedentes, forçando o Tribunal a revisar contratos de locação comercial para atender às necessidades emergenciais dos locatários e locadores. Essa experiência criou precedentes importantes que podem ser aplicados a futuros julgamentos em contextos de crise.

A jurisprudência analisada revelou que o TJRS, ao aplicar a teoria da imprevisão, levou em consideração tanto a imprevisibilidade do evento quanto a comprovação da onerosidade excessiva causada por ele. Decisões como a redução temporária de alugueis e a isenção de multas de rescisão mostraram a flexibilidade do tribunal em buscar soluções equitativas para manter o equilíbrio contratual.

Para reconhecer uma situação como imprevisível, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul realiza uma análise acerca da possibilidade de antecipar o acontecimento do evento e sua gravidade no momento da celebração do contrato. Nesse processo, são avaliadas as perdas e prejuízos resultantes do evento, bem como a existência de medidas que poderiam ter sido adotadas para evitar tais consequências.

Para que o TJRS conceda a revisão contratual, é imprescindível que a situação tenha sido ocasionada por um evento imprevisível e que tenha gerado uma onerosidade excessiva entre as partes envolvidas, conforme estabelecido nos arts. 317, 478 e 480 do Código Civil.

Para que seja aplicada a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, a parte interessada deve demonstrar, de forma inequívoca, o prejuízo sofrido em seu rendimento. Esse prejuízo deve ter sido causado, exclusivamente, por um evento imprevisível e extraordinário. Além disso, é necessário que os prejuízos mencionados afetem de forma mais gravosa uma das partes envolvidas na relação jurídica, existindo, assim, um desequilíbrio na relação contratual. Somente nessas condições, a aplicação dessas teorias se justifica, visando restabelecer o equilíbrio. Desta forma, a revisão do contrato, via de regra, atinge o período que o evento ocorreu e prejudicou o estabelecimento.

Projeções baseadas nesses precedentes indicam que, no contexto das enchentes de 2024, o TJRS pode seguir abordagens similares. A caracterização das enchentes como eventos imprevisíveis e extraordinários, juntamente com a análise dos impactos econômicos sobre os locatários, será crucial para a aplicação da teoria da imprevisão. A análise comparativa e as tendências identificadas fornecem uma base sólida para entender a atuação futura do TJRS em eventos de crise.

Em conclusão, este estudo destaca a importância da teoria da imprevisão no direito brasileiro, especialmente em tempos de crise. A aplicação consistente dessa teoria pelo TJRS não apenas oferece um alívio necessário em momentos de dificuldade, mas também estabelece um paradigma jurídico para futuras situações imprevisíveis. A continuidade dessa abordagem é essencial para garantir um sistema jurídico resiliente e adaptável, capaz de enfrentar os desafios impostos por eventos extraordinários como a pandemia de COVID-19 e as enchentes de 2024.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Alice Dias; RESENDE, Ana Letícia de Faria; MENDES, Ana Vitória da Silva; NOGUEIRA, Camila Stephany; OLIVEIRA, Isadora Cristina Júlio. Os contratos de locação em

tempos de pandemia. *Revista Projetos Extensionistas*, v. 1, p. 78–87, 30 jun. 2021.

AMADO, Aécio. *IGP-M*: índice usado no reajuste do aluguel sobe 0,89% em maio. Agência Brasil, s.L., p. 1, 29 maio 2024. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-05/igp-m-indice-usado-no-reajuste-do-alug uel-sobe-089-em-maio. Acesso em: 10 maio 2024.

BENITES, Vagner. *PIB do Rio Grande do Sul cai 7% em 2020*. Governo do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, p. 1-1. 17 mar. 2021. Disponível em: https://dee.rs.gov.br/pib-do-rio-grande-do-sul-cai-7-em-2020 . Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1321614. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2006.

CLAUDIA, Maria. *Enchentes no RS causaram prejuízos de R$ 3,32 bilhões ao varejo*. Agência Brasil, s.L., p. 1, 14 jun. 2024. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-06/enchentes-no-rs-causaram-prejuizos-de- r-332-bilhoes-ao-varejo. Acesso em: 24 jun. 2024.

FIERGS, Unidade de Estudos Econômicos. *Principais indicadores econômicos dos municípios atingidos pelas enchentes no Rio Grande do Sul*: Estado de Calamidade x Situação de Emergência. Observatorio da Industria, s.L., p. 1–14, 27 maio 2024.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. *Pesquisa Pulso Empresa: impacto da COVID-19 nas empresas*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa. Acesso em: 24 maio 2024.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. IGP-M: Resultados 2020. s.L., p. 1, 31 jan. 2020. Disponível em: https://portal.fgv.br/noticias/igp-m-resultados-2020. Acesso em: 6 maio 2024.

LEAL, Luciana de Oliveira. *A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro*. Poder Judiciário do Rio de Janeiro, s.L., p. 1–8, 16 jul. 2008.

NOGUEIRA, Mauro Oddo; MOREIRA, Rafael de Farias Costa. A COVID deixa sequelas: a destruição do estoque de capital das micro e pequenas empresas como consequência da pandemia de COVID-19. Rio de Janeiro: IPEA, jun. 2023. 40 p. (Texto para Discussão, 2894). DOI: http://dx.doi.org/10.38116/td2894-port.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos - Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 464–465.

PELAS LENTES DE GÊNERO: REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO *PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO* NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO RIO GRANDE DO SUL

THROUGH THE LENSES OF GENDER: REFLECTIONS ON THE APPLICATION OF THE GENDER PERSPECTIVE JUDGMENT PROTOCOL IN DOMESTIC VIOLENCE CASES IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

GT 8 - Gênero e Sexualidade / Raça e Etnia

Kétlin Nunes Mattos Moreira[*]
Sheila Stolz[**]

Resumo: O *Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero* é resultado de amplas discussões acerca da necessidade de reconhecer a influência das desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas às quais as mulheres são diariamente submetidas no âmbito da (re)produção e aplicação do direito. Dessa forma, tendo em vista a obrigatoriedade da observância do referido Protocolo, buscar-se-á analisar como as decisões judiciais estão sendo aplicadas pelo Judiciário do estado do Rio Grande do Sul, verificando os possíveis reflexos desta abordagem para as vítimas. Para tanto, a metodologia de pesquisa está estruturada sob uma abordagem qualitativa de revisão bibliográfica e documental com levantamentos de dados e sentenças na área de violência doméstica. Em relação às discussões, verificou-se que a aplicação do Protocolo cresceu consideravelmente desde a sua implementação, trazendo impactos que se estendem para além da instrução processual. No mesmo sentido, defende-se a concepção de que o protocolo é capaz de irradiar-se por toda a Rede de Apoio. Conclui-se com uma avaliação positiva em relação à implementação do Protocolo e com observações que visam aprimorar a atuação do sistema de justiça, garantindo uma abordagem mais sensível, imparcial e eficaz nos casos de violência doméstica, na busca pela promoção da igualdade de gênero e na proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Protocolo de Julgamento. Perspectiva de Gênero. Violência Doméstica. Direitos Humanos das Mulheres.

Abstract: The Gender Perspective Judgment Protocol is the result of extensive discussions on the need to recognize the influence of historical, social, cultural, and political inequalities to which women are daily subjected in the (re) production and application of law. Thus, considering the mandatory observance of this Protocol, this study aims to analyze how judicial decisions are being applied by the Judiciary of the state of Rio Grande do Sul, examining the possible impacts of this approach on the victims. The research methodology is structured under a qualitative approach, including a bibliographic and documentary review with data collection and sentencing in the field of domestic violence. Regarding the discussions, it was observed that the application of the Protocol has grown considerably since its implementation, bringing impacts that extend beyond the procedural instruction. In the same vein, it is argued that the protocol is capable of extending throughout the Support Network. The study concludes with a positive evaluation of the implementation of the Protocol and provides observations aimed at improving the performance of the justice system, ensuring a more sensitive, impartial, and effective approach to domestic violence cases, in the pursuit of promoting gender equality and protecting human rights.

Keywords: Judgment Protocol. Gender Perspective. Domestic Violence. Women's Human Rights.

*** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5628192222337363. E-mail: ketlinnunes03@gmail.com.**

**** Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (Mestrado) da Universidade Federal do Rio Grande (PPGDJS/FaDir/FURG/RS). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE-CAPES) realizado na *Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid* (UCM/Madri/Espanha). Mestre em Direito pela *Universitat Pompeu Fabra* (UPF/Barcelona/Espanha). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3038131556164688. E-mail: sheilastolz@gmail.com.**

1. INTRODUÇÃO

O *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* surge como um marco na promoção de uma justiça mais equitativa e sensível às desigualdades de gênero, sendo fruto de discussões históricas acerca da necessidade de reconhecer e enfrentar os reflexos nos mais diversos âmbitos — sociais, culturais e políticos — das desigualdades que afetam as mulheres e meninas. Dessa forma, o instrumento foi concebido para orientar a magistratura na aplicação de uma abordagem que considere a condição de vulnerabilidade das mulheres em diversos contextos no âmbito jurídico, dentre os quais se explora, com este trabalho, os casos de violência doméstica, uma vez que os dados demonstram um crescimento exponencial ao longo dos anos (FBSP, 2023).

No mesmo sentido, a escolha por avaliar a aplicabilidade do Protocolo nesses casos decorre do fato de que a violência doméstica se insere em um contexto estruturado por hierarquias de poder, em que a mulher frequentemente se encontra em uma posição de subalternidade em relação ao agressor, seja por fatores econômicos, sociais, psicológicos ou culturais (Stolz, Gonçalves e Gusmão, 2021). Deve-se compreender, inicialmente, que o fenômeno não se reduz a atos isolados de agressão, mas se configura como um padrão sistemático de dominação e controle, reforçado por estruturas patriarcais que, historicamente, naturalizaram a violência contra as mulheres e minimizaram sua gravidade no campo jurídico.

Nesse sentido, a adoção de uma perspectiva de gênero nos julgamentos desses casos não apenas permite uma compreensão mais ampla das dinâmicas da violência, mas também possibilita a formulação de decisões mais justas, que levem em consideração as assimetrias de poder e os impactos diferenciados sobre as mulheres em situação de violência. Desse modo, a pesquisa se propõe, a examinar em que medida o Protocolo tem sido efetivamente aplicado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e se sua implementação tem contribuído para a superação de vieses e estereótipos que, por vezes, comprometem o acesso das mulheres à justiça e inviabilizam a promoção de uma verdadeira justiça social.

Assim sendo, com a finalidade de desenvolver esta pesquisa, adotou-se uma metodologia qualitativa, cuja abordagem se fundamenta na revisão bibliográfica, com ênfase na interpretação de sentenças judiciais relacionadas à temática em questão. Nessa perspectiva, iniciou-se a revisão bibliográfica com o objetivo de compreender os fundamentos teóricos que embasam o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*, abordando conceitos centrais como gênero, violência doméstica, estereótipos e desigualdades, bem como a contextualização histórica e jurídica do protocolo no sistema de justiça brasileiro.

A análise documental, por sua vez, centrou-se na coleta e exame de decisões judiciais disponibilizadas no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, considerando o estado como referência. Dessa forma, adotou-se o uso de palavras-chave específicas como *violência doméstica, Lei Maria da Penha, perspectiva de gênero, gênero, perseguição, ameaça, violência psicológica, lesão corporal, violência contra a mulher e violência institucional*, a fim de realizar a busca por decisões judiciais no site do TJRS.

Essa estratégia foi justificada pela necessidade de compreender como os conceitos teóricos propostos pelo protocolo se materializam na prática judiciária, considerando não apenas o conteúdo das decisões, mas também a argumentação utilizada pelos(as) magistrados(as), a fundamentação jurídica adotada e os reflexos para as vítimas, especialmente em crimes que são frequentes nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dessa forma, a análise dos julgados buscou verificar se a abordagem com perspectiva de gênero tem sido efetivamente aplicada, identificando avanços, desafios e eventuais lacunas que ainda persistem na atuação jurisdicional.

Ademais, a opção por uma abordagem qualitativa se justifica pelo caráter exploratório da pesquisa, que não visa apenas quantificar a frequência da aplicação do protocolo, mas aprofundar a compreensão sobre a forma como ele é interpretado e utilizado no enfrentamento das desigual-

dades de gênero no âmbito judicial. Isso porque, entende-se que a perspectiva adotada permite trazer à tona nuances e especificidades que um levantamento meramente quantitativo não seria capaz de revelar, contribuindo para o desenvolvimento de propostas e estratégias que possam aprimorar a observância do protocolo e fortalecer a efetivação dos direitos das mulheres no sistema de justiça, incorporando ainda uma visão interseccional que não deve ser afastada do Direito.

Seguindo o processo de construção deste trabalho, buscou-se estruturar a presente pesquisa em três sessões, sendo que na primeira sessão, serão abordados os conceitos centrais quanto à temática, como a própria compreensão do fenômeno da violência doméstica, abordando ainda termos fundamentais como gênero, o qual é incorporado no Protocolo e evidencia a sua relevância como instrumento de aproximação com a temática a fim de proporcionar a promoção da igualdade e proteção de direitos.

Na segunda seção, discute-se a respeito dos dados coletados a partir de sentenças judiciais disponibilizadas no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que foram escolhidas duas sentenças ilustrativas das 150 coletadas no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de evidenciar como o Protocolo tem sido implementado nas decisões judiciais e quais os impactos observados, realizando considerações pertinentes.

Por fim, serão discutidas novas perspectivas a partir dos conceitos inicialmente apresentados e da análise das decisões judiciais, com o intuito de propor estratégias que aprimorem a aplicação e a efetividade do Protocolo no contexto da justiça brasileira. Dessa forma, a abordagem busca não apenas consolidar os avanços promovidos pelo Protocolo, mas também identificar lacunas e sugerir práticas que contribuam para a efetivação de uma justiça mais sensível e comprometida com um olhar pelas lentes de gênero na prática judicial.

2. PARA ALÉM DOS CONCEITOS: A LUTA POR IGUALDADE E A APLICAÇÃO DO *PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO* COMO INSTRUMENTO JURÍDICO

A luta pela igualdade entre homens e mulheres constitui uma trajetória histórica marcada por resistências e avanços, atravessando distintos âmbitos sociais, desde as relações laborais até as questões relacionadas às diversas formas de violência, incluindo as de cunho doméstico, bem como os impactos gerados por estereótipos de gênero (Biroli, 2022). No entanto, os avanços promovidos por diplomas normativos e movimentos sociais, no contexto brasileiro ainda revela a persistência de desigualdades estruturais (Chakian, 2020) as quais afetam diretamente a promoção da equidade de gênero.

O Brasil, enquanto signatário de diversas convenções internacionais voltadas à proteção dos direitos das mulheres, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), incorporou ao longo dos anos legislações específicas para enfrentar essas desigualdades. A exemplo disso, destaca-se a Lei Maria da Penha, que se tornou um marco na proteção dos direitos das mulheres no âmbito doméstico e familiar[1]. Além disso, o país aderiu às diretrizes da Agenda 2030 da ONU, assumindo compromissos com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 5, que visa alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.

Entretanto, a persistência de padrões patriarcais na cultura jurídica demonstrou ao longo do tempo que a mera positivação de direitos não garante, por si só, a superação das desigualdades,

1 Nos últimos anos, o debate sobre a violência institucional contra as mulheres tem ganhado relevância, especialmente no contexto do sistema de justiça. A modalidade de violência ocorre quando agentes públicos, no exercício de suas funções, submetem vítimas a constrangimentos, humilhações ou tratamentos degradantes. Como resposta a essa problemática, foram promulgadas legislações como a Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), que criminaliza condutas abusivas praticadas por autoridades, e a Lei nº 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer), que busca coibir a revitimização de mulheres em processos judiciais, garantindo um tratamento digno e respeitoso às vítimas de violência sexual, além de novos instrumentos como o próprio Protocolo.

exigindo a mudança de mentalidade dos atores do sistema de justiça e da sociedade como um todo, por meio de um processo contínuo de (re)educação, capaz de desconstruir concepções estereotipadas e garantir que a igualdade formal se traduza em igualdade material (Stolz e Nogueira, 2023). Em meio a esse contexto, o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2021, se insere como um importante instrumento normativo voltado à implementação de uma nova abordagem interpretativa e decisória nos tribunais[2].

O ponto de vista firmado é o de que ao propor diretrizes metodológicas para a aplicação da perspectiva de gênero no julgamento de casos concretos, o Protocolo apresenta uma base conceitual fundamental para a compreensão das desigualdades de gênero no âmbito jurídico, vez que destaca em sua parte inicial os conceitos de gênero, sexo, identidade de gênero e sexualidade, elementos essenciais para a construção de uma análise crítica sobre a violência doméstica e suas implicações estruturais (CNJ, 2021).

Desse modo, compreende-se que a incorporação destes termos traz uma perspectiva fundamentada para a compreensão da temática sendo incorporados ao Protocolo justamente por sua relevância na aproximação do Judiciário com as dinâmicas da desigualdade, permitindo um julgamento mais sensível às vulnerabilidades das mulheres e outras populações historicamente marginalizadas, conforme dispõe o Protocolo:

> Utilizamos a palavra gênero quando queremos tratar do conjunto de características socialmente atribuídas aos diferentes sexos. Ao passo que sexo se refere à biologia, gênero se refere à cultura. Quando pensamos em um homem ou em uma mulher, não pensamos apenas em suas características biológicas; pensamos também em uma série de construções sociais referentes aos papéis socialmente atribuídos aos grupos: gostos, destinos e expectativas quanto a comportamentos [...] (CNJ, 2021, p. 16).

A partir da compreensão desses conceitos, se alinha o que está disposto no protocolo com uma concepção de gênero enquanto construção social, perspectiva amplamente debatida por Joan Scott (1995), que argumenta que o gênero não é apenas um marcador identitário, mas um elemento constitutivo das relações de poder e um meio de significar relações de dominação e subordinação na sociedade.

Nesse sentido, defende-se que o gênero deve ser compreendido como uma categoria analítica que estrutura o campo social e político, influenciando instituições e discursos jurídicos que, historicamente, legitimaram desigualdades entre homens e mulheres. A partir da compreensão deste conceito como gênero, é possível perceber a relevância do Protocolo quando aplicado aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que esse fenômeno decorre de uma estrutura social que historicamente naturalizou a dominação masculina e a subalternização da mulher em conformidade com um determinado tipo de construção social (Silva, 2024).

Nestes termos, tem-se que a violência doméstica não pode ser compreendida como um evento isolado, restrito ao ambiente privado, mas como uma manifestação sistêmica das desigualdades de gênero, sendo perpetuada por instituições que, por muito tempo, minimizaram ou justificaram a violência com base em estereótipos que reforçam a culpabilização da vítima e a impunidade do agressor (Frata, 2024).

Dessa forma, o Protocolo fortalece o ponto de vista de que essa violência se insere em um contexto mais amplo de hierarquias de poder, o que exige do Judiciário um olhar atento às desigualdades estruturais que permeiam esses casos. Nesse contexto, a aplicação da Lei Maria da Penha, por exemplo, pode ser prejudicada quando magistrados(as) interpretam a norma sem con-

2 O *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* tem inspirações tanto em demandas nacionais quanto em instrumentos internacionais. A principal influência internacional é o Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (Feminicídio), ao qual o Brasil aderiu em 2016. Além disso, o documento observa recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que enfatiza a necessidade de protocolos formais para julgamentos com perspectiva de gênero, especialmente em casos envolvendo direitos das mulheres. Desse modo, surge pelas Resoluções CNJ nº 254 e nº 255 de 2018, que tratam do enfrentamento à violência contra as mulheres e do incentivo à participação feminina no Judiciário.

siderar a realidade concreta das vítimas[3] (CNJ, 2021), muitas vezes desconsiderando os impactos psicológicos, sociais e econômicos da violência na vida dessas mulheres.

Assim sendo, o próprio Protocolo alerta que julgamentos baseados em uma suposta neutralidade jurídica tendem a ignorar as assimetrias de poder e reforçar a violência institucional (Bianchini, 2024), resultando em decisões que, ainda que formalmente corretas, não atentam devidamente a possíveis formas indiretas de violência por parte do próprio sistema de justiça.

Nesse contexto, ao incidir sobre a mulher, o sistema não apenas reflete as dinâmicas de controle social que se iniciam no ambiente familiar, mas também amplifica as formas de vitimização, reproduzindo as desigualdades estruturais presentes na sociedade. Cabe ressaltar que, essas desigualdades — tanto de classe quanto de gênero — são, muitas vezes, reforçadas pelo próprio sistema (Andrade, 2009) o que contribui para que a mulher se torne alvo de uma violência institucional multifacetada, dificultando sua proteção e acesso à justiça. Nestes termos, o próprio Protocolo dispõe:

> A assimetria de poder se manifesta de diversas formas. Ela se concretiza, por exemplo, em relações interpessoais — a violência doméstica é uma forma de concretização dessa assimetria, bem como a violência sexual. Entretanto, por trás e para além de relações interpessoais desiguais, existe uma estrutura social hierárquica, que é o que molda, dentre outros, as relações interpessoais, os desenhos institucionais e o direito (CNJ, 2021, p. 21).

Dessa forma, tem-se que a construção de um julgamento verdadeiramente comprometido com a equidade de gênero passa pela desconstrução de estereótipos que historicamente influenciaram o sistema de justiça. Um dos principais pontos a ser destacado neste novo olhar é o de que o depoimento da vítima deve ser valorizado, especialmente em razão das dificuldades inerentes ao processo de denúncia e à possível revitimização que muitas mulheres sofrem ao buscarem o Judiciário (Ferraz e Costa, 2023). Ademais, o Protocolo recomenda que magistrados(as) se atentem para os impactos interseccionais da violência, reconhecendo que mulheres negras, indígenas, com deficiência ou em situação de pobreza enfrentam barreiras ainda mais significativas para acessar a justiça (CNJ, 2021).

Além da valorização do relato da vítima, o Protocolo propõe um modelo metodológico que orienta a análise dos casos de violência doméstica, guiando ao olhar pelas lentes de gênero. Nesse ponto, apresenta uma espécie de método de avaliação pelos(as) magistrados(as) que é baseado em: (i) identificação de estereótipos de gênero presentes nos autos; (ii) análise contextualizada das relações de poder; (iii) interpretação alinhada aos marcos normativos internacionais; e (iv) adoção de medidas protetivas eficazes (CNJ, 2021).

Em virtude da importância deste instrumento jurídico, é imperativo que os(as) magistrados(as) adotem uma abordagem atenta e contextualizada ao analisar os casos apresentados, aplicando de maneira rigorosa as diretrizes estabelecidas no Protocolo. Defende-se esta ótica pela compreensão de que a mera formalização do documento não é suficiente, sendo necessário que haja uma incidência prática que considere as especificidades de gênero presentes em cada situação. Assim, entende-se que o olhar voltado para a questão de gênero deve abranger não apenas a avaliação das sentenças, mas também as atitudes dos profissionais envolvidos e o acompanhamento integral do processo (Vaz *et al.*, 2024), a fim de garantir uma resposta jurisdicional eficaz e justa às mulheres que são frequentemente violentadas e que buscam proteção no âmbito judicial.

3 É importante distinguir os termos de *vítimas e mulheres em situação de violência*. O termo *vítima* se refere à mulher que já sofreu a violência e pode estar em busca de justiça, proteção ou assistência. Já a expressão *mulher em situação de violência* enfatiza a continuidade da agressão, abrangendo aquelas que ainda estão submetidas a um contexto de opressão e risco e não necessariamente buscaram auxílio na esfera judicial. No entanto, ressalta-se que ambos os conceitos consideram a violação de direitos das mulheres, de modo que ora se adota um termo em um contexto específico, a exemplo das análises em âmbito judicial durante a pesquisa, ora busca-se abranger mulheres que não necessariamente possuem um processo, mas sofrem com a violência.

3. A APLICAÇÃO DO *PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO* NO RIO GRANDE DO SUL

A partir da obrigatoriedade da aplicação do *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* em âmbito nacional, por meio da Portaria 492/2023 do CNJ, os(as) magistrados(as) passaram a integrá-lo em suas decisões judiciais, com especial ênfase nas sentenças relativas aos casos de violência doméstica, considerando as diferentes manifestações dessa violência.

Nesse cenário, foi realizada uma avaliação do contexto do Estado do Rio Grande do Sul, onde a ocorrência de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher se apresenta de forma expressiva. Para ilustrar tal contexto, segundo o relatório da Coordenadoria Estadual da Mulher do estado, no segundo semestre de 2024, foram deferidas cerca de 88.764 medidas protetivas em benefício de diversas mulheres, além de aproximadamente 24.779 atendimentos registrados pela central de atendimento à mulher, conforme os dados fornecidos pela referida instituição.

Dessa forma, é possível constatar que a demanda no Judiciário gaúcho é significativa, com um elevado número de sentenças proferidas em processos relacionados à violência doméstica, o que de forma indireta torna o estado um dos pioneiros na aplicação do Protocolo e um dos principais espaços para avaliação do contexto desta aplicação.

Para fins de realizar a presente análise, foram analisadas 150 decisões judiciais extraídas do site de TJRS, das quais a maioria faz referência, explícita ou implicitamente, ao *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*, retratando alguns dos conceitos anteriormente descritos, como o próprio conceito de gênero e demonstrando o início de uma perspectiva renovada nas deliberações judiciais, com foco na luta pelos direitos das mulheres e na implementação de uma abordagem sensível às questões de gênero por magistrados(as).

Em uma análise inicial, foram extraídos diversos conceitos mencionados não apenas no documento, mas também de outras normativas internacionais, ressaltando a necessidade de um olhar atento às particularidades da violência de gênero, como o próprio termo de interseccionalidade, o qual reforça que a violência contra as mulheres se relaciona a diversos marcadores sociais e que essas questões devem ser avaliadas pelo juízo. Para ilustrar tal contexto, em um dos casos analisados, julgado pela 1ª Câmara Especial Criminal do TJRS, verificou-se a devida aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva como um fator benéfico, que vem agregando um olhar histórico para a discriminação contra as mulheres.

Conforme analisado, a sentença proferida no caso em questão condenou o réu pelo crime de ameaça cometido no contexto da violência doméstica e familiar, reconhecendo a vulnerabilidade da vítima e a gravidade das consequências emocionais e psicológicas sofridas. Observa-se que a decisão se fundamentou na centralidade da palavra da vítima, conforme diretrizes do Protocolo, destacando a dificuldade inerente à produção de provas em casos dessa natureza. Nesse sentido, o depoimento da vítima, corroborado por outros elementos materiais, foi considerado elemento probatório preponderante, em conformidade com a jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ademais, a sentença fez referência expressa à necessidade de reeducação do agressor, impondo, como condição a participação obrigatória em um curso sobre violência de gênero, o que vem se tornando comum na seara da violência doméstica alinhando-se às diretrizes do *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* e da própria Lei Maria da Penha, os quais recomendam a adoção de medidas que visem não apenas à punição do agressor, mas também à prevenção da reincidência, promovendo a reflexão e a conscientização sobre as dinâmicas da violência doméstica.

No mesmo sentido, a sentença também incorporou o olhar de gênero do Protocolo ao enfatizar a necessidade de compreender as dinâmicas de poder subjacentes às relações de violência doméstica, reconhecendo que a violência de gênero não se limita a agressões físicas, mas envolve

aspectos psicológicos, sociais e estruturais que perpetuam a desigualdade. Nestes termos, percebe-se o reconhecimento dessas dinâmicas no julgamento, o que demonstra o avanço na adoção de uma perspectiva humanizada e sensível à realidade das mulheres em situação de violência.

Neste aspecto, ao aplicar o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*, as sentenças que vêm sendo proferidas estão refletindo o avanço do Judiciário gaúcho na observação de uma abordagem mais equitativa e comprometida com os direitos das mulheres, uma vez que não apenas se busca responsabilizar o agressor, mas também buscar medidas que contribuam para a transformação social e a prevenção da violência de gênero, ouvindo a vítima e reafirmando o compromisso do sistema de justiça com a proteção e a erradicação da violência doméstica, conforme extraído do trecho da referida sentença:

> Esse posicionamento, ressalto, se coaduna com o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, incorporado pela **Recomendação n.º 128, de 15/02/2022 e com caráter de obrigatoriedade dado pela Resolução n.º 492 do CNJ, de 17/03/2023**, em que consta que as declarações da vítima se consubstanciam em meio de prova de inquestionável importância, haja vista a hipossuficiência processual que ocupa a ofendida nessa criminalidade, a qual se vê silenciada diante da dificuldade ou, por vezes, impossibilidade de demonstrar que não consentiu com a violência, reclamando a pouca credibilidade dada à sua palavra. Diante disso, nos julgamentos com perspectiva de gênero, deve-se conferir um **peso probatório diferenciado e superior às declarações da mulher vítima** da violência, não se cogitando de desequilíbrio processual. Assim reza a Portaria CNJ n.º 27 de 19/10/2021[4] que instituiu o Grupo de Trabalho e foi aprovada pela Recomendação n.º 128 do CNJ. Tal Portaria implementou as políticas de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina. Nestes termos, destaca-se que a palavra da mulher vítima de violência: '[...] se legitima pela vulnerabilidade e hipossuficiência da ofendida na relação jurídica processual, qualificando-se a atividade jurisdicional, desenvolvida nesses moldes, como imparcial e de acordo com o aspecto material do princípio da igualdade (art. 5º, inc. I, da CF)'. Destaco que a incorporação da perspectiva de gênero pelo sistema jurídico criminal **implica no reconhecimento de relações estruturais patriarcais de poder subjacentes às infrações penais envolvendo mulheres**, como sujeito ativo ou passivo, e os impulsos que advêm destas relações. Dessa maneira, cria uma diretriz de não desqualificação da experiência diante de um compromisso ético e constitucional com o paradigma dos direitos fundamentais. Portanto, afirmar a não tolerância da violência contra a mulher faz parte do projeto político mais amplo do feminismo mainstream de desconstruir a normalidade da violência contra a mulher, sempre em uma moldura de respeito às garantias (TJRS).

Por outro lado, pelo menos em 50 sentenças foram detectadas a mera menção ao Protocolo, especialmente na parte de sua fundamentação, sem citar diretamente a aproximação com o contexto concreto apresentado em âmbito jurídico. A exemplo dessa afirmativa, cita-se a decisão proferida pela 5ª Câmara Criminal do TJRS, no julgamento da Apelação Criminal nº 5027939-38.2024.8.21.0010, na qual se avaliou um caso de violência doméstica.

No referido contexto, o acusado era ex-companheiro da vítima e foi condenado por crimes típicos de violência doméstica, previstos tanto no Código Penal quanto na Lei Maria da Penha, sendo que o réu foi denunciado e posteriormente condenado por ameaça e descumprimento de medida protetiva de urgência. Nesse caso, ainda que o acórdão tenha consignado que levou em consideração as diretrizes da Resolução CNJ nº 492/2023, é possível extrair que a menção a esse instrumento normativo não se traduziu em uma fundamentação aprofundada e efetiva da perspectiva de gênero, uma vez que a citação normativa não foi acompanhada de maiores reflexões sobre como essa aplicação ocorreu na prática.

Cabe ressaltar que, ao reconhecer o motivo do crime como uma manifestação da estrutura de dominação masculina, ressaltando a questão do ciúme excessivo e a necessidade de posse em relação à mulher, os julgadores demonstraram certo alinhamento com os princípios do Protocolo. No entanto, a análise sobre a reincidência comportamental do réu e a real dimensão da ameaça não foram explicitamente desenvolvidas, de modo que ocorreu apenas a menção à utilização do

documento como parte integrante da decisão.

O cenário apresentado exemplifica uma prática recorrente no Judiciário brasileiro: a citação superficial do Protocolo como uma formalidade, sem sua real incorporação ao raciocínio jurídico (Cirino e Feliciano, 2024). Nesse contexto, não há como desprezar a alta demanda do judiciário e a ocorrência de superlotação de processos, o que acaba por tornar as análises mais técnicas e sem um zelo tão aprofundado em questões sociais e de vulnerabilidade, como necessitam os casos de violência doméstica. Dessa forma, a ausência de uma fundamentação que relacione explicitamente os princípios do julgamento com perspectiva de gênero e realmente olhe pelas lentes de gênero ao caso concreto, impede a construção de precedentes robustos e efetivos no enfrentamento da violência contra a mulher.

Assim sendo, a análise desse julgamento evidencia a necessidade de que a aplicação do Protocolo vá além da menção formal, exigindo dos magistrados uma abordagem mais crítica e transformadora, capaz de romper com padrões normativos que historicamente minimizaram a violência de gênero no campo jurídico, fornecendo um olhar que realmente considera as especificidades de cada caso.

Outro ponto a ser considerado é a capacitação dos profissionais, haja vista que no âmbito da formação continuada, conforme informações disponibilizadas no portal de notícias do Tribunal (TJRS, 2024), há um curso de atualização para a magistratura sobre o *protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. A referida capacitação, realizada em parceria com a Escola Superior da Magistratura, visa qualificar os(as) magistrados(as) para uma abordagem jurisdicional sensível às questões de gênero, reafirmando o compromisso institucional com a implementação das diretrizes estabelecidas no referido Protocolo.

Ressalte-se, nesse contexto, o impacto positivo da capacitação promovida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para aprimorar a fundamentação e a qualidade técnica das decisões judiciais, consolidando a Corte como referência na implementação do Protocolo em âmbito nacional, conforme informações extraídas do Banco de Sentenças do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2024). Assim sendo, compreende-se que o esforço contínuo não apenas reafirma o compromisso com a promoção da equidade de gênero no Poder Judiciário, mas também posiciona o Tribunal como modelo de boas práticas jurisdicionais no país.

Nesse sentido, é preciso reconhecer o necessário empenho dos profissionais para que ocorra uma (re)educação no âmbito jurídico, pois ainda que o Protocolo surja como uma inovação capaz de impulsionar práticas sensíveis à questões de gênero, é preciso que todos(as) tenham conhecimento de como aplicá-lo, tendo em vista que para além das peças jurídicas como as próprias sentenças, o referido documento também faz menção à conduta dos profissionais nestes processos, tecendo recomendações de abordagens para evitar possíveis cenários de revitimização.

Em razão deste quadro, defende-se o aperfeiçoamento contínuo de todos aqueles que trabalham nos casos de violência doméstica, não devendo se restringir a capacitação apenas aos(às) magistrados(as), mas alcançando-se de igual modo, aquelas pessoas que participam das redes de atendimento à mulher em todos os âmbitos (Pasinato, 2024), seja na assistência social, psicológica, nos voluntariados em grupos de apoio, entre outros, A concepção quanto a este fator, emerge do conhecimento e da qualidade dos serviços apresentados.

Do mesmo modo, aplica-se o entendimento de que as instituições de ensino também possuem um papel central no apoio e impulsionamento deste Protocolo, dada a necessidade de se discutir em âmbito acadêmico a perpetuação destas violências e possíveis formas de mitigá-las. Assim sendo sugestiona-se por meio deste estudo a inserção de cursos, especializações, debates e até mesmo disciplinas que formem profissionais não apenas cientes do Protocolo e de seu alcance, mas preocupados com esse olhar pelas lentes de gênero (Stolz, 2024), verificando as especificidades de cada caso e possíveis consequências para as mulheres em situação de violência.

Diante de todo exposto e das análises empregadas, avalia-se o Protocolo como um instru-

mento que deve ser atendido em sua integralidade, respeitando as características inerentes em cada caso, não devendo, portanto, ser objeto de mera citação pelos julgadores, algo que ainda ocorre e deve ser reavaliado. Em contrapartida, verifica-se que sua adequação vem sendo gradualmente incorporada nas sentenças e aplicada em casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo um instrumento que não visa exclusivamente favorecer mulheres, pelo contrário, busca afastar um quadro de neutralidades que perpetuou por um longo período inúmeras discriminações baseadas em gênero (Bianchini, 2024).

Dessa forma, defende-se o Protocolo como um documento inovador que se mostra capaz de integrar novas discussões em âmbito jurídico e acadêmico e gerar na prática decisões preocupadas com a justiça social.

4. UM NOVO OLHAR PELAS LENTES DE GÊNERO: ESTRATÉGIAS E PERCEPÇÕES PARA A APLICAÇÃO

Em uma análise geral é inegável que o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* representa um avanço normativo significativo na busca por equidade no tratamento de casos de violência doméstica e de gênero. No entanto, conforme destacado, sua aplicação no âmbito judiciário, especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demanda uma avaliação crítica para identificar avanços, desafios e possibilidades de aprimoramento.

Inicialmente, verifica-se que desde a introdução do Protocolo, a análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul revela um aumento na incorporação da perspectiva de gênero nas fundamentações jurídicas. Nessa perspectiva as recentes decisões evidenciam um esforço dos(as) magistrados(as) em adotar uma abordagem sensível à desigualdade estrutural que permeia os casos de violência doméstica, conforme preconizado pelo documento do CNJ. Além disso, constata-se a valorização do depoimento das vítimas, o reconhecimento da violência institucional e a aplicação de medidas protetivas de maneira mais célere e eficaz.

Entretanto, observa-se que nem todas as decisões integram o Protocolo de maneira integral, de modo que se acredita que para além da obrigatoriedade formal, sua implementação requer uma transformação no olhar jurídico, de modo a garantir que a aplicação do Protocolo ocorra de maneira efetiva e não meramente retórica. Desse modo, tendo em vista os principais desafios identificados na aplicação do Protocolo no Rio Grande do Sul, há a necessidade de adoção de novas estratégias como a criação de núcleos especializados em que se pode estabelecer unidades no monitoramento da aplicação do Protocolo, garantindo a supervisão de decisões e promovendo boas práticas judiciais.

Outro ponto a ser destacado é o necessário monitoramento e avaliação sistemática, algo que poderia auxiliar até mesmo pesquisas voltadas à áreas de estudo de gênero, como a instituição de um banco de dados para catalogar decisões proferidas com base no Protocolo, pois assim se permitiria um diagnóstico mais preciso da sua eficácia na região.

Cabe ressaltar que, existe um banco de sentenças criado pelo CNJ, no entanto, em razão das inúmeras decisões catalogadas, nem sempre o sistema fornece todas as informações necessárias estabelecidas por região, de modo que um banco próprio poderia levar em consideração, além das questões específicas atinentes aos casos de violência doméstica, períodos e marcadores sociais, bem como a sistemática de aplicação durante eventos extremos a exemplo do período de pandemia (Paiva, 2022) e das enchentes que assolaram o estado em maio de 2024.

Por outro viés também se acredita que a Articulação interinstitucional auxilia no fortalecimento da aplicação do Protocolo, de modo que a comunicação entre o Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e movimentos sociais pode contribuir para a construção de uma rede de proteção mais eficaz e alinhada às diretrizes estabelecidas no documento. Desse modo, seria interessante a integração constante entre todos os órgãos para a devida verificação dos procedimentos adotadas

e para a capacitação dos agentes que trabalham diretamente com casos de violência doméstica. Além disso, a promoção de uma educação continuada e especializada para os magistrados e demais operadores do Direito, focada na perspectiva de gênero, é crucial para a efetividade da aplicação do Protocolo. Nesse contexto defende-se a instituição de programas de capacitação que abordem as especificidades da violência doméstica e suas diversas manifestações, incluindo as digitais, sendo esta uma nova modalidade de violência que vem crescendo ao longo do tempo[4] (FBSP, 2023).

As reflexões traçadas pelo estudo visam iniciativas que, quando incorporadas no cotidiano judicial, poderão reduzir a possibilidade de reações estereotipadas ou preconceituosas, que frequentemente obstam a correta aplicação das normas de proteção às vítimas. Dessa forma, a formação continuada deve ser encarada não apenas como uma necessidade técnica, mas como um componente essencial para a construção de um Judiciário mais sensível que proporcione decisões que favoreçam a justiça social.

Por fim, a avaliação do impacto do Protocolo sobre a sociedade e o acesso das mulheres em situação de violência à justiça precisa ser contínua e adaptativa. Isto porque, a constante coleta de dados e análise por pesquisadores permite não apenas a correção de possíveis falhas, mas também a elaboração de políticas públicas que possam fortalecer ainda mais a rede de proteção às mulheres em situação de violência e o próprio sistema. É imperativo que, além de observar os resultados práticos no âmbito judicial, se leve em conta a voz das próprias vítimas e dos operadores do sistema, para que as estratégias de implementação do Protocolo possam ser ajustadas de acordo com as realidades e necessidades vivenciadas. Nessa perspectiva, defende-se que a implementação do Protocolo não deve ser vista como um fim, mas como um processo contínuo que exige a colaboração de todas as esferas da sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude das análises realizadas observa-se que a aplicação do *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* evidencia um processo de evolução, embora ainda gradual, na incorporação de uma abordagem sensível às questões de gênero no sistema judiciário. Nesse sentido, tem-se que embora o Protocolo represente um avanço significativo no ordenamento jurídico, sua implementação requer um compromisso contínuo dos profissionais do Direito, não apenas no que diz respeito ao cumprimento formal, mas, principalmente, na transformação da prática judicial e na reinterpretação das normativas à luz das desigualdades estruturais que permeiam a sociedade.

Cabe ressaltar que em um contexto no qual o direito por muito tempo se manteve com os olhos fechados para as questões de gênero, é imprescindível que se promova uma reconfiguração do olhar jurídico, permitindo uma visão mais inclusiva e sensível às especificidades da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em razão disso, a mera positivação de diretrizes não se mostra suficiente para garantir uma transformação concreta no tratamento das questões de violência doméstica. É necessário que o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* seja compreendido como um instrumento vivo, cuja aplicação efetiva demanda uma postura ativa por parte dos(as0 magis-

4 O crescimento da violência digital contra as mulheres está diretamente relacionado à expansão do uso das tecnologias e das redes sociais, que proporcionam novas formas de intimidação, assédio e exposição indevida. Além disso, a cultura do anonimato e a dificuldade de responsabilização dos agressores contribuem para a impunidade e a recorrência dessas práticas, tornando-se uma extensão da violência de gênero existente no espaço físico. Em casos de violência doméstica, não é incomum que este tipo de violência ocorra, havendo a possibilidade, inclusive, da violação de medidas protetivas por meio digital. Logo, defende-se que a aplicação do Protocolo também poderá auxiliar na análise destes casos, bem como daqueles em que há exposição indevida de mulheres em situação de violência.

trados(as) e demais operadores do Direito, bem como uma reflexão crítica sobre os estereótipos de gênero que historicamente influenciaram as decisões judiciais.

Assim sendo, é fundamental que a formação continuada dos profissionais do sistema judiciário contemple não apenas aspectos técnicos, mas também uma abordagem interseccional, que considere os múltiplos marcadores sociais que afetam a experiência das mulheres em situação de violência, tais como raça, classe, orientação sexual e outras possíveis vulnerabilidades. A perspectiva apresentada, sobretudo, é indispensável para que as decisões judiciais sejam mais sensíveis e equitativas, refletindo as complexidades vivenciadas pelas mulheres em situação de violência.

Outro aspecto relevante é a necessidade de fortalecimento das redes de apoio, com a promoção de uma articulação interinstitucional entre as instituições, tendo em vista que a integração não apenas amplia o alcance das medidas protetivas, mas também contribui para uma atuação mais coordenada e eficaz na prevenção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por fim, enfatiza-se que a implementação do Protocolo não deve ser vista apenas como uma obrigação normativa, mas como uma oportunidade para repensar as práticas judiciais e fomentar uma justiça mais humanizada e comprometida com a promoção da igualdade de gênero, o que parece estar sendo gradualmente alcançado no estado do Rio Grande do Sul. No entanto, é preciso reconhecer que ainda existem desafios a serem superados, de modo que deve-se lutar para a construção de uma sociedade justa que enxerga através das lentes de gênero.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. *Julgamento com perspectiva de gênero e a Lei Maria da Penha*. Conjur, 18 de maio de 2021. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/bianchini-julgamento-perspectiva-genero-maria-penha. Acesso em: 25 fev. 2024.

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades*: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal da República. Brasília: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 12 de maio de 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Protocolo-para-Julgamento-com-Perspectiva-de-Genero.pdf. Acesso em 5 set. 2024..

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 5027939-38.2024.8.21.0010: Relator. Desembargador Ivan Leomar Bruxel, 18 dez. 2024. Porto Alegre, 2024. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/imprime-html-jurisprudencia. Acesso em: 9 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 501624-15.22022.8.21.0027. Relatora: Viviane de Faria Miranda. Primeira Câmara Especial Criminal. Santa Maria/RS: Juizado da Violência Doméstica. Decisão: Apelo provido em parte. Ementa:

Violência doméstica. Ameaça. Cadeia de custódia. Prova digital. Julgamento com perspectiva de gênero. 10 dez. 2024. Publicado em 16 dez. 2024. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/imprime-html-jurisprudencia. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Secretaria de Comunicação Social. *Ligue 180 registra aumento de 3,7% nos atendimentos em 2024 no Rio Grande do Sul*. 2024. Disponível em: https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias-regionalizadas/ligue-180-balanco-2024/ligue-180-registra-aumento-de-3-7-nos-atendimentos-em-2024-no-rio-grande-do-sul. Acesso em: 3 jan. 2025.

CHAKIAN, Silvia. *Direitos das Mulheres*: A Construção dos Direitos das Mulheres - Histórico, Limites e Diretrizes para uma Proteção Penal Eficiente. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CIRINO, Samia Moda; FELICIANO, Julia. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero: Abertura para uma Mudança Epistemológica no Direito e na Prática Jurídica no Brasil. *Direito Público*, v. 20, n. 106, 2023. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7137. Acesso em: 5 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução CNJ nº 492, de 2023*. Resolução. Brasília, 2023. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf. Acesso em: 19 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Banco de Sentenças e Decisões com aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero. Acesso em: 4 set. 2024.

DA SILVA, Salete Maria. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero: uma análise decolonial e interseccional. *Humanas em Perspectiva*, v. 53, 2024. Disponível em: https://www.periodicojs.com.br/index.php/hp/article/view/1913/1692. Acesso em: 12 dez. 2024.

FERRAZ, Daniela Borges; DA COSTA, Maria Manuela Mendes. O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 20, n. 1, p. 1–18, 2023. Disponível em: https://www.rdi.uniceub.br/rdi/article/view/9070. Acesso em: 10 set. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023*. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br. Acesso em: 2 maio 2024.

FRATA, Jéssica Iara de Sousa. *O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero como resposta institucional à desigualdade de gênero*. 2024. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2024. Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri. Versão corrigida. Área de concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo*: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova Iorque, 2015. Disponível em: https://sdgs.un.org/2030agenda. Acesso em: 18 abl. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher (CEDAW)*. Nova Iorque, 1979. Disponível em https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/. Acesso em: 18 abr. 2024.

PAIVA, Lívia de Meira Lima *et al.* O impacto da pandemia nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e o acesso à justiça: um estudo qualitativo para identificar as barreiras e aprimorar a resposta do poder judiciário. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 39, n. 1, p. 1–20, 2022.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da lei maria da penha. *Revista Direito GV*, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 407–428, dez. 2015. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.

org/10.1590/1808-2432201518.

SCOTT, Joan W. *Gênero*: Uma categoria útil de análise histórica. Recife: Massangana, 1990. Trad. Christine Rufino Dabat.

STOLZ, Sheila; NOGUEIRA, Luiza. Educación jurídica con perspectiva de género e interseccionalidades: Una visión educativa fundamental para el alcance del Objetivo de Desarrollo Sostenible 5 de la Agenda 2030 de la ONU. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, v. 10, n. 1, p. 163–176, 2023 Disponível em: https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/69409. Acesso em: 27 out. 2023.

STOLZ; Sheila; GONÇALVES, Vinicius Viana; GUSMÃO, Carolina Flores; DA FONSECA, Fernanda. *As Sombras da Pandemia (Sindemia)*: a violência de gênero, doméstica e familiar contra as mulheres na cidade do Rio Grande (RS) em 2020 e as ações da rede local de proteção. In: MELO, Ezilda (org.). Direitos Fundamentais das mulheres no período pandêmico. Salvador (Bahia), Studio Sala de aula, 2021, p. 72–82.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de Medidas Protetivas – 2º semestre de 2024*. Coordenadoria Estadual da Mulher. Porto Alegre, 2024. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/wp-content/uploads/sites/7/2024/12/MPC_dez.pdf. Acesso em: 3 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Um novo olhar para os julgamentos*. 2024. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/um-novo-olhar-para-os-julgamentos. Acesso em: 16 out. 2024.

VAZ, Andrea Arruda; DIAS, Sandra Mara; LIMA, Silmara Aparecida de. IGUALDADE DE GÊNERO: discriminação positiva no poder judiciário para assegurar um sistema de justiça mais humano e democrático. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 36–48, 29 ago. 2022. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. http://dx.doi.org/10.26668/2525-9849/index_law_journals/2022.v8i1.8699. Acesso em: 5 abr. 2024.

ASPECTOS JURÍDICOS E AMBIENTAIS NA REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS EM FLORIANÓPOLIS/SC

REGULARIZATION OF URBAN PROPERTIES WITH A VIEW TO PRESERVING WATER SOURCES IN THE MUNICIPALITY OF FLORIANOPOLIS/SC

GT 12 - Direito Ambiental, Sustentabilidade, Direito Urbanístico e Direito Agrário

*Marcos Piovezan**

Resumo: A regularização fundiária de imóveis urbanos no município de Florianópolis/SC, capital do Estado de Santa Catarina, chama à atenção dos juristas com os rumos traçados pela administração pública, na contramão dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ONU). Especificamente o ODS-6, sobre ***Água Potável e Saneamento***, visando à meta 6.6, que no Brasil era até o ano de 2020, a fim de promover a proteção e restauração dos ecossistemas relacionados com a água, incluindo: montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos, reduzindo os impactos da ação humana. Enquanto a meta 6b visa apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, priorizando o controle social para melhorar a gestão da água e do saneamento. A hipótese da pesquisa se baseia no objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Autos nº 5012442-64.2023.8.24.0000/TJSC) que questiona a Câmara Municipal de Vereadores de Florianópolis/SC que, no ano de 2021, instituiu o projeto ***Destrava Floripa***, durante o processo legislativo o requisito constitucional da participação popular não foi cumprido em afronta à Constituição do Estado de Santa Catarina, ao Estatuto da Cidade e na contramão da Agenda 2030. A metodologia partiu da análise de dados para estudo de caso sobre o município através de uma pesquisa bibliográfica básica e aplicada com abordagem qualitativa de nível exploratório. O debate popular é essencial ao que se pretende alcançar com as metas dos ODS (Agenda 2030). A Ação de Inconstitucionalidade remete à falta de participação popular em processos decisórios do município, podendo incorrer em prejuízos ambientais irreversíveis à cidade.

Palavras-chave: Zoneamento. Hidrografia. Sustentabilidade. Gestão Urbana.

Abstract: The land regularization of urban properties in the municipality of Florianópolis/SC, capital of the State of Santa Catarina, draws the attention of legal experts with the directions set by the public administration, which goes against the Sustainable Development Goals (UN), specifically SDG-6 on Clean Water and Sanitation, aiming at target 6.6, which in Brazil was to promote the protection and restoration of water-related ecosystems, including mountains, forests, wetlands, rivers, aquifers and lakes, by 2020, reducing the impacts of human action. While target 6b aims to support and strengthen the participation of local communities, prioritizing social control to improve water and sanitation management. The research hypothesis is based on the object of the Direct Action of Unconstitutionality (Suits No. 5012442-64.2023.8.24.0000/TJSC) that questions the City Council of Florianópolis/SC, which in 2021 instituted the ***Destrava Floripa*** *project, which during the legislative process the constitutional requirement of popular participation was not met in violation of the Constitution of the State of Santa Catarina, the City Statute and contrary to Agenda 2030. The methodology was based on data analysis for a case study on the municipality through basic and applied bibliographic research with a qualitative approach at an exploratory level. Popular debate is essential to what is intended to be achieved with the SDG goals (Agenda 2030). The Action of Unconstitutionality refers to the lack of popular participation in the municipality's decision-making processes, which may incur irreversible environmental damage to the city.*

Keywords: Zoning. Hydrography. Sustainability. Urban Management.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral verificar a aplicação das leis para regularização de imóveis urbanos no município de Florianópolis. Dentre os objetivos específicos estão: Verificar o cumprimento dos objetivos do milênio (ONU) para preservação dos recursos hídricos no município; Discutir o cumprimento da gestão municipal na aplicação das diretrizes da Agenda 2030 sobre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, no âmbito do debate popular (ODS 6b) e; Apontar as

* Perito Judicial Ambiental (JSFC e TJSC); Mestre em Engenharia Civil (UFSC); Licenciado e Bacharel em Geografia (UFSC); Técnico em Geomensura (IFSC); Especialista em Ciências Marinhas Aplicadas ao Ensino (IFSC); Graduando em Direito (UFSC). Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/7872119462210822. E-mail: periciageo.piovezan@gmail.com.

definições urbanas a partir do Projeto *Floripa Regular,* aprovado em 2023.

O trabalho será desenvolvido em quatro tópicos principais que abordarão: (i) as metas da Agenda 2030 no alcance dos objetivos do milênio, (ii) aspectos jurídicos para regularização fundiária urbana no Brasil; (iii) participação popular na aprovação de projetos urbanísticos em Florianópolis/SC; e (iv) a Ação Direta de Inconstitucionalidade que no ano de 2023, questiona a Câmara Municipal de Florianópolis sobre o Projeto *Destrava Floripa*.

A relevância da pesquisa se dá pelas alterações na política urbana em âmbito nacional com a Lei Federal nº 13.465/2017 que dispõe sobre a regularização de imóveis urbanos entre outras providências e define a REURB-S (Social) e REURB-E (Específico) para a regularização fundiária, aplicável aos municípios brasileiros. A REURB é essencial à regularização da propriedade urbana, conforme citado no Art. 10º. Já o Art. 13º, traz as definições de REURB-S e REURB-E, sendo destinada à regularização fundiária dos núcleos urbanos informais, predominantemente, ocupados por populações, declaradas no Poder Executivo municipal, como de baixa renda e que caracteriza-se por núcleos urbanos informais ocupados por pessoas não classificadas e cadastradas como de baixa renda no município, respectivamente.

A metodologia partiu da análise de dados para estudo de caso sobre o município através de uma pesquisa bibliográfica básica e aplicada com abordagem qualitativa de nível exploratório. A proposição metodológica sustenta-se na ODS-6b, visando difundir informações que incentivem a participação popular nos processos decisórios aplicados no âmbito do saneamento urbano.

Os termos REURB-S e REURB-E, surgem pela primeira vez no texto do Novo Código Florestal Brasileiro (Lei Federal nº 12.651/2012) que estabelece em seu Art. 1º-A normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais e; prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos.

Dessa forma, o conteúdo a ser abordado transitará sobre os aspectos jurídicos e ambientais na regularização de imóveis urbanos a partir da análise do cumprimento da legislação em relação à regularização de imóveis urbanos municipais sob o ponto de vista dos objetivos do milênio para a Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU).

2. METAS DA AGENDA 2030 NO ALCANCE DOS OBJETIVOS DO MILÊNIO

A Organização das Nações Unidas (ONU) lançou em 2015 a Agenda 2030 com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), buscando promover uma ação global à preservação das pessoas do planeta. (GAVILÁN *et al*. 2022)

A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, corresponde a um conjunto de programas, ações e diretrizes para orientação de metas da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos países membros no alcance do desenvolvimento sustentável do planeta (ONU BR, 2016).

Com a crescente preocupação mundial com a qualidade de vida no planeta, a ONU estabeleceu 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS-17), previstos na Agenda 2030, quais sejam: (i) Erradicação da Pobreza; (ii) Fome Zero; (iii) Saúde e Bem Estar; (iv) Educação de Qualidade; (v) Igualdade de Gênero; (vi) Água Potável e Saneamento; (vii) Energia Acessível e Limpa; (viii) Trabalho Decente e Crescimento Econômico; (ix) Indústria, Inovação e Infraestrutura; (x) Redução das Desigualdades; (xi) Cidades e Comunidades Sustentáveis; (xii) Consumo e Produção Responsáveis; (xiii) Ação Contra a Mudança Global; (xiv) Vida na Água; (xv) Vida Terrestre; (xvi) Paz, Justiça e Instituições Eficazes; e (xvii) Parcerias e Meios de Implementação.

Dentre as medidas já adotadas para alcançar a conservação do ambiente por todas as pessoas ao redor do planeta, pode-se citar a Agenda 2030 (IPEA, 2018), que apresenta 17 Objetivos

de Desenvolvimento Sustentável (ODS), estabelecendo o um compromisso mundial, em que todos os países se tornam responsáveis à adoção de medidas para que os ODS sejam atingidos e os problemas sócio-econômico-ambientais, deste modo, possam ser atenuados.

O ODS-11 (Cidades e Comunidades Sustentáveis) tem o objetivo de "tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis", a partir de metas específicas. Dentre elas, a meta 11.a, prevê:

> Apoiar relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, periurbanas e rurais, reforçando o planejamento nacional e regional de desenvolvimento", através do indicador brasileiro: "11.a.1 Proporção de população que reside em cidades que implementam planos de desenvolvimento urbano e regional que incluem projeções de população e avaliação de recursos, por tamanho da cidade (IPEA, 2019).

Para as Nações Unidas, o ODS-6 trata a respeito da água potável e saneamento, onde está a meta 6.6, que, deveria garantir até o ano de 2020, a proteção e restauração dos ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos. A meta 6.b, visa apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais para melhorar a gestão da água e do saneamento.

Já no Brasil, a meta até 2020, também preza pela proteção e restauração dos ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos, reduzindo os impactos da ação humana, enquanto a meta 6.b prevê apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, priorizando o controle social para melhorar a gestão da água e do saneamento. Essa meta 6.b, dentre seus indicadores, tem o (6.b.1), definido pela proporção das unidades administrativas locais com políticas e procedimentos operacionais estabelecidos à participação das comunidades locais na gestão de água e saneamento.

Para tanto, a Agenda 2030, sucessora da Agenda 21 e também da Organização das Nações Unidas (ONU), vai de acordo com os indicadores para alcançar os princípios dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) dos municípios brasileiros, como no caso do município de Florianópolis, capital do estado de Santa Catarina, Brasil.

O desenvolvimento sustentável segundo a ONU (1987), para Veras (2013), em um conceito mais amplo pode ser definido na: "satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades", ainda assim o desenvolvimento sustentável é um modelo pautado em diretrizes e princípios que levam em consideração os aspectos ambientais, políticos, econômicos e socioculturais que vem tomando espaço em múltiplos campos das atividades humanas.

Segundo a ONU (2015), o lançamento dos 17 ODS com as suas 169 metas e 232 indicadores globais de Desenvolvimento Sustentável pode ter sido um momento historicamente marcante, na tentativa de promover um mundo melhor para todos. Por isso, os ODS precisam ser divulgados pelo mundo e encarados como metas a serem alcançadas por todos os países membros, até 2030.

3. ASPECTOS JURÍDICOS PARA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA NO BRASIL

Após séculos de ocupação territorial desordenada, a república brasileira atualizou a legislação com a publicação da Lei nº 13.465/2017 que dispõe sobre a regularização fundiária rural, urbana e no âmbito da Amazônia Legal, a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária. Instituindo-se assim mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, além de outras providências (art. 1º, Lei nº 13.465/2017).

De acordo com a Lei n° 13.465/2017, a REURB é entendida como um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais para o ordenamento territorial urbano voltada à titulação de seus ocupantes. A Lei nº

13.465/2017 define a função social da propriedade como objetivo da REURB, essencial à regularização fundiária da propriedade urbana, conforme citado no art. 10º. No art. 13º, traz as definições de REURB-S e REURB-E, respectivamente. Donde REURB-S é destinada à regularização fundiária dos núcleos urbanos informais predominantemente ocupados por populações, declaradas no Poder Executivo municipal, como baixa renda e REURB-E, caracterizando-se por núcleos urbanos informais ocupados por pessoas não classificadas e cadastradas como baixa renda no município.

O art. 9º da Lei nº 13.465/2017 institui, a nível nacional, as normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (REURB), a qual abrange: medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Nos arts. 64 e 65, do Código Florestal Brasileiro (Lei nº 12.651/2012) é mencionado o REURB-S e REURB-E. Quanto ao REURB-S define que são os núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização fundiária será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana.

A Lei nº 14.026/2020 atualiza o Marco Legal do Saneamento Básico e altera as normas de referência sobre o serviço de saneamento e dá outras providências. No art. 53-D, da Lei nº 14.026/2020, fica estabelecido como Política Federal de Saneamento Básico, a execução de obras de infraestrutura básica de esgotamento sanitário e abastecimento de água potável em núcleos urbanos formais, informais e informais consolidados, passíveis de serem objeto de REURB, nos termos da Lei nº 13.465/2017, salvo aqueles que estiverem em situação de risco.

A gestão territorial brasileira enfrenta dificuldades devido alguns fatores principais, como: falta de conhecimento espacial, ausência de mapeamento a nível nacional e, principalmente, pela duplicação de atividades realizadas pelas instituições governamentais. Implica em má aplicação de dinheiro público que deveria ser utilizado para mapear novas áreas, porque não existe integração entre as esferas local, regional e nacional (Sousa, 2011).

Sobre o meio ambiente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz em seu art. 225:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (Brasil, 1988).

Segundo Barandier *et al.* (2019, p. 1), a CRFB/1988 possibilitou que o município abrangesse a categoria de ente federativo autônomo e definindo como competências a promoção de adequado ordenamento territorial, partindo de planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

O art. 1.228 do Código Civil, em seu § 1º, descreve as condições para exercício do direito da propriedade a preservação dos recursos naturais, conforme segue:

> O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (Brasil, 2001).

De acordo com Brasil (2001), a política urbana tende a se transformar em um assunto de conhecimento restrito a técnicos especializados, e a maior parte da sociedade, organizada ou não, fica geralmente à margem do debate e alheia aos termos técnicos e científicos que envolvem esse assunto.

Segundo o art. 29 da CRFB/1988, o município reger-se-á por lei orgânica [...] que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e

os seguintes preceitos: XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal; e XIII - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

Com o advento de instrumentos legais de cidadania para se alcançar o desenvolvimento sustentável, como a Agenda 21, Leis de Proteção à Natureza e, principalmente, leis que regem o cotidiano das pessoas, a população alcançou, com a inclusão dos arts. 182 e 183 da CRFB/1988 um novo capítulo na política urbana, denominado Estatuto da Cidade, que visa à inclusão de diversos setores da sociedade no debate da política urbana. (Nascimento, 2003, p. 28).

Segundo Nascimento (2003, p. 29), um dos itens que se considera mais importante é a participação da comunidade na decisão do ordenamento territorial através do Plano Diretor em Audiências Públicas. Porém, em várias audiências que envolveram a participação de membros da comunidade da Bacia Hidrográfica, foram apresentados mapas em papel e digitais em várias escalas, fotos aéreas e termos ambientais comuns aos técnicos, como se a comunidade tivesse plena habilidade em entendê-los e possibilidade de analisá-los. O próprio Estatuto da Cidade descreve a importância da linguagem utilizada nesses debates. O subitem Alerta do item 7 — Instrumentos de Democratização da Gestão Urbana determina:

> A linguagem corrente nos processos representa também um desafio. Uma linguagem acessível é fundamental para o sucesso de um projeto de participação popular. Ela deve ser condizente com o repertório e as possibilidades de todos os seus membros, principalmente para que os setores populares cheguem à mesa de negociação em pé de igualdade com os interlocutores de outros setores. Nas instâncias de participação popular, a linguagem deve ser condizente com a sua função. Assim como o Legislativo e Judiciário possuem linguagens condizentes com suas funções técnicas e políticas, isso também ocorre na esfera da participação popular. Conselhos, conferências, debates e Audiências Públicas não podem se basear numa linguagem tecnocrata que dificulta a participação da população nas discussões. É fundamental criar códigos e linguagens acessíveis a todos os membros do conselho e estabelecê-las como permanentes. Essa necessidade de uma linguagem própria aos mecanismos de participação, que reflita o repertório da população, não anula um trabalho fundamental: o de capacitar os cidadãos para entenderem uma gama mais ampla de linguagens. É importante que eles conheçam um orçamento, regulação urbanística, o funcionamento da câmara. Esse conhecimento significa também um aumento do poder dos cidadãos (Nascimento, 2003, p. 29).

O Estatuto da Cidade, aprovado em 2001, definiu no § 2º do art. 40 que "o plano diretor deverá englobar o território do município como um todo". Tal dispositivo enseja a discussão do que estaria efetivamente na competência do Município para além dos limites definidos como perímetro urbano (Barandier *et al.*, 2019).

Segundo Brasil (2001), a política urbana tende a se transformar em um assunto de conhecimento restrito a técnicos especializados, e a maior parte da sociedade, organizada ou não, fica geralmente à margem do debate e alheia aos termos técnicos e científicos que envolvem esse assunto.

3. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA APROVAÇÃO DE PROJETOS URBANÍSTICOS EM FLORIANÓPOLIS

A Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, em simetria à Constituição da República artigos 111, inciso XII, e 141, inciso III, definem que, para legislar a respeito de desenvolvimento urbano, é indispensável a participação popular no processo de elaboração da norma correspondente.

> Art. 111 - O Município rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federativa e nesta Constituição, e os seguintes preceitos:
> XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;
> Art. 141 - No estabelecimento de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimen-

> to urbano, o Estado e o Município assegurarão:
> III - participação de entidades comunitárias e no encaminhamento de soluções para os problemas urbanos (Santa Catarina, 1989).

A garantia de participação da sociedade civil é um requisito em vigor desde a promulgação da Constituição do Estado de Santa Catarina, com aplicabilidade imediata, que, embora admita posterior regulamentação infraconstitucional, proíbe a redução do seu alcance. É, portanto, "norma constitucional de eficácia plena, e, sendo assim, com possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular" (TSJC, 2023).

O Entendimento do Tribunal de Justiça Santa Catarina (TJSC), sobre a participação popular nos processos decisórios do ordenamento territorial urbano é de que os debates realizados exclusivamente no âmbito da Administração Municipal ou a realização de abaixo-assinados, por exemplo, não afastam a necessidade de ampla discussão com a comunidade. Pois, se a edição do Plano Diretor e de leis relacionadas ao direito urbanístico deve ser necessariamente precedida de participação popular, também a alteração, a alteração nas leis, precisa observar o mesmo requisito, considerando que a participação dos municípios diretamente afetados pela norma deverá ocorrer sempre que houver medidas ao desenvolvimento da política urbana.

No Brasil, a Lei Federal nº 13.465/2017 que dispõe sobre a regularização de imóveis e urbanos define a REURB-S e REURB-E para a regularização fundiária urbana. Já no município de Florianópolis, o "*Programa Floripa Regular*", lançado em 2023, diferentemente da Lei Federal, reclassificou os tipos de REURB.

No município de Florianópolis, o *Programa Floripa Regular* foi lançado em 2023 e reclassificou os tipos de REURB, lançando: *Minha Rua Regular*, *Meu Bairro Regular*, *Minha Casa Regular*; REURB Histórico e; encampando o programa já existente do TJSC *Lar Legal*, com a proposta à regularização de 25.000 imóveis, na capital.

Portanto, no município de Florianópolis existem ao todo sete classificações de REURB, diferentemente do que está vigente no texto da Lei Federal nº 13.465/2017, definidos pelo seguinte: *Minha Rua Regular*, *Meu Bairro Regular*, *Minha Casa Regular*, REURB Histórico, *Lar Legal*, REURB-S e REURB-E, destacando entre elas outras modalidades de regularização, sendo ordenados como:

> Minha Rua Regular: mais de 1.000 (mil) ruas a serem reconhecidas oficialmente como parte do sistema viário municipal.
> Meu Bairro Regular: regularização de planícies urbanas que possuem os maiores índices de irregularidades no município.
> Minha Casa Regular: titulação de conjuntos habitacionais que estão irregulares há décadas.
> REURB Histórico: regularização de áreas construídas até 1979, simplificando o processo de titulação.
> Lar Legal: programa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) que busca efetivar a titulação jurídica de localidades predeterminadas pelo município.
> REURB Social: regularização de áreas urbanas de interesse social, proporcionando moradias dignas para famílias de baixa renda.
> Reurb Específico: regularização de áreas onde a renda familiar é superior a 3 (três) salários-mínimos, por meio de um processo simplificado, agilizando a regularização (Florianópolis, 2023).

No município de Florianópolis, em 2022, os moradores do entorno da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e a comunidade acadêmica, entraram com pedido à Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC), para suspensão da implantação do projeto denominado *Sistema Binário* entre os bairros circundantes, nas ruas Deputado Antônio Edu Vieira (Bairro Pantanal) e Capitão Romualdo de Barros (Bairro Carvoeira), apontando os seguintes motivos para a respectiva contestação:

a) A Prefeitura Municipal de Florianópolis (PMF) não cumpriu o conjunto de medidas acordadas

com a administração da UFSC, medidas essas que foram apresentadas à comunidade local, as quais foram assumidas por ocasião da cessão da área da Universidade para a ampliação da Rua Deputado Antônio Edu Vieira, que deveria ser duplicada inteiramente até o final da via e não apenas até a rótula da Eletrosul, com a construção de pistas nos dois sentidos, incluindo corredor exclusivo para transporte público, ciclovias e calçadas/passeios, visando garantir a mobilidade segura para a população;

b) Somando-se ao fato de que não foram realizados o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança, como prevê o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) e nem as Audiências Públicas nas comunidades locais diretamente impactadas pelas mudanças impostas pela Prefeitura.

A atuação do Município na regulação do uso e ocupação do solo urbano estava já presente na tradição brasileira, por meio da edição das normas urbanísticas e de instrumentos de planejamento do desenvolvimento urbano, licenciamento urbanístico e execução de obras públicas. Contudo, sempre predominou visões que associavam desenvolvimento urbano à expansão urbana e sempre privilegiou concepções de planejamento a partir das dinâmicas essencialmente urbanas (Barandier *et al.*, 2019).

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE QUESTIONA A CÂMARA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS SOBRE O PROJETO *DESTRAVA FLORIPA*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (Autos nº 5012442-64.2023.8.24.0000/TJSC) questiona a Câmara Municipal de Florianópolis, pois em janeiro de 2021 aprovou a Lei Complementar nº 707 que instituiu o projeto: *Destrava Floripa*, que alterou os dispositivos da Lei Complementar nº 60, de 2000 (Código de Obras) e Lei Complementar nº 374, de 2010, que dá outras providências, violando assim, os arts. 11, XII e, 141, III, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 (CESC/1989). Os autos apontam que o requisito constitucional da participação popular não foi cumprido durante o processo legislativo da norma questionada, representando uma afronta aos dispositivos supracitados.

O projeto de desburocratização de processos para construções previu ampliar o gabarito de edificações e mudanças na legislação das Áreas de Preservação com uso Limitado (APL) com consequente crescimento de ocupação dos bairros, em texto que foi a plenário sem passar pelo crivo do legislativo e desconsiderando debate popular. Avanços na legislação trouxeram mudanças ao planejamento territorial urbano para as cidades brasileiras, porém carecem de análises técnico-científicas buscando alcançar a efetividade do que as leis trazem como premissa ao desenvolvimento urbano consciente à sustentabilidade ambiental.

Acerca da aplicabilidade imediata das disposições do art. 141, III, da CESC/1989, o TJSC, assim decidiu:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] É inconstitucional a Lei Complementar n. 49/2015, que acrescentou o art. 2o-A à Lei Complementar n. 43/2013, do Município de Itapema, dispondo sobre assunto urbanístico (exigência de recuo/afastamento predial, lateral e fundos, a partir do 11º pavimento das unidades habitacionais com frente para avenidas e futuras avenidas), porque não observou as normas constitucionais do processo legislativo (art. 141, inciso III, da CE), que impõem ao Estado e aos Municípios a obrigação de realizarem Audiências Públicas com a participação popular e de entidades comunitárias, a fim de promover amplo debate acerca de projetos de lei que disponham sobre política municipal de desenvolvimento urbano, inclusive alteração do plano diretor (TJSC, 2023).

Se a edição do Plano Diretor e de leis afetas ao direito urbanístico deve ser necessariamente precedida de participação popular, também a alteração da lei necessita observar o mesmo requisito, tendo em vista que a participação dos munícipes diretamente afetados pela norma deve ocorrer sempre que houver medidas de desenvolvimento da política urbana.

Ademais, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende que os debates realizados exclusivamente no âmbito da Administração Municipal, ou a realização de abaixo-assinados, por exem-

plo, não afastam a necessidade de ampla discussão com a comunidade:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Leis do município de Imbituba versando sobre planejamento e desenvolvimento do território municipal. Participação popular no processo de formação das leis. Preliminar de que se trata de exigência prevista no plano infraconstitucional conforme precedente antigo deste tribunal. Exigência, contudo, com assento constitucional nos termos de precedentes mais modernos. Preliminar de irregularidade do pedido em razão da não impugnação de dispositivos do plano diretor que definem a forma da participação popular por meio da manifestação de conselho municipal. Previsões infraconstitucionais, constitucional. Supremacia da constituição. Preliminares afastadas. Revogação de parte das leis atacadas. Perda parcial do objeto. Reconhecimento. Mérito. Ausência de participação popular no processo de formação das leis atacadas por meio de debates, audiência e consultas públicas. Exigência contida no artigo 111, xii, e no artigo 141, iii, da CESC/1989 conforme interpretação deste tribunal. Suposta manifestação de conselho municipal que não supriria a exigência constitucional. Pedido procedente. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que tenham início 4 meses após a publicação do acórdão. Possibilidade. Pedido de vedação do efeito repristinatório prejudicado (TJSC, 2023).

Os aspectos jurídicos relacionados à regularização fundiária de imóveis urbanos, no que tange à gestão municipal, além da realização de audiências públicas, define a como norma constitucional a participação comunitária, através da realização de reuniões e deliberações do Executivo junto ao Legislativo, com transparência e satisfação dos cidadãos como interessados no processo decisório como um todo.

> Reuniões e deliberações em setores internos da própria administração do Executivo não suprimem a necessidade da participação popular de entidades comunitárias na elaboração de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano junto ao Legislativo. Cumpre ressaltar que a participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com ideias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos, lhes expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da norma (TJSC, 2023).

E ainda:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Adoção do rito da medida cautelar no despacho da petição inicial. Julgamento definitivo após o préstimo das informações e da manifestação da procuradoria municipal e da procuradoria-geral de justiça. Possibilidade. Artigo 12 da lei estadual n. 12.069, de 27-12-2001. Precedentes desta corte. Mérito. Lei complementar 336 do município de rio do sul. Alteração do plano diretor, com aumento da área urbana do município. Processo legislativo não submetido à participação popular. Providência prevista na constituição do estado em seu artigo 141, iii, bem como no estatuto da cidade (lei federal n. 10.257/2001). Exigência de processo democrático, com a participação da comunidade. Inobservância da norma em voga. Existência de abaixo-assinado. Irrelevância. Vício insanável verificado. Inconstitucionalidade formal decretada. Modulação temporal dos efeitos da decisão para que tenha eficácia 4 (quatro) meses após a publicação deste acórdão. Pedido procedente (TJSC, 2023).

A ocorrência de discussões dentro da própria Administração Pública ou voltada para um público específico e seleto, predeterminado pelo Poder Público Municipal, portanto, não supre a necessidade de submissão da matéria ao debate popular.

O dispositivo de regência trata da participação de *entidades comunitárias*, o que corresponde à manifestação da sociedade de modo direto no processo legiferante, sem qualquer forma de representação, dependência ou tutela de órgãos ou entidades estatais.

Não basta, dessa forma, que o Poder Público realize reuniões com a convocação exclusiva de alguns setores da sociedade ou apenas no âmbito de seus órgãos, comissões, e instituições, meros intermediários da opinião popular (em atenção, inclusive, ao princípio da

publicidade, previsto pelo art. 16, caput, da CESC/1989).

No presente caso, a norma questionada alterou o Código de Obras e Edificações do Município de Florianópolis, normas administrativas e técnicas que regularizam as construções, fixam obrigações durante a execução das obras e estabelecem classificação das edificações. Isto é, tratou do desenvolvimento do território municipal.

Em consulta realizada no sítio eletrônico da Câmara Municipal de Florianópolis e tramitação do Projeto de Lei Complementar nº 1.836/2021, é possível constatar a ausência de realização de audiências públicas para discussão das alterações legislativas promovidas com a promulgação da Lei Complementar nº 707/2021, do Município de Florianópolis.

Por essas razões, a ausência de promoção da participação popular direta torna a lei aprovada formalmente inconstitucional, por violação aos arts. 111, XII, e 141, III, da CESC/1989.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avanços na legislação trouxeram mudanças ao planejamento territorial urbano para as cidades brasileiras, porém carecem de análises técnico-científicas do que as leis trazem como premissa ao desenvolvimento urbano consciente à sustentabilidade ambiental.

A prática de aprovação de imóveis urbanos com vistas na lei da REURB, baseado no modelo que está sendo proposto pela gestão municipal carece de análise técnico científica visando informar a população sobre a importância da participação nos processos decisórios do ordenamento territorial, do município de Florianópolis/SC.

A sociedade precisa se preocupar com a preservação da água que é fonte de vida dos seres vivos no planeta, e através do debate sobre a efetividade da legislação, os juristas podem contribuir com a ciência e com a sociedade, dando suporte técnico, jurídico e científico para cobrar pelo cumprimento da legislação em prol do meio ambiente e de todos.

Seguindo os objetivos propostos a pesquisa apresenta resultados parciais sobre o objetivo geral que contextualiza o cenário atual de regularização urbana conforme as exigências dos órgãos fiscalizadores, mas demonstram razoabilidade na aplicação das normas para regularização fundiária e que fragilizam a legislação ambiental em atos inconstitucionais na tentativa de desburocratização dos processos de planejamento territorial urbano municipal.

Sobre os objetivos específicos em questão da participação popular notou-se que a Prefeitura Municipal de Florianópolis (PMF) tem divulgado amplamente a realização de audiências públicas para definição demarcatória das Unidades de Conservação e suas Zonas de Amortecimento, cujo planejamento, afeta diretamente as questões urbanísticas, carecendo da análise ambiental.

Conclui-se que a prática de regularização de imóveis urbanos com vistas na Lei Federal nº 13.465/2017, que institui a REURB, baseado no modelo que está sendo proposto pela gestão municipal, carece de análise técnico científica discutindo a aplicação e o cumprimento da legislação brasileira sobre a participação popular nos processos decisórios à aplicação da legislação ambiental, do município de Florianópolis/SC.

A pesquisa possibilitou compilar a legislação brasileira mais recente que delineia a regularização fundiária de imóveis urbanos no Brasil, possibilitando para uma abordagem qualitativa sobre a importância da participação popular, considerando os aspectos inerentes à Agenda 2030 da ONU, para os princípios fundamentais do ODS-6, em um contraponto com a política urbana municipal no município de Florianópolis/SC.

REFERÊNCIAS

BARANDIER, Henrique; DOMINGUES, Eduardo; BEIROZ, Hélio. Planos Diretores e Áreas Rurais: Notas sobre competências do Município e referências para concepção de macrozoneamento. *Anais XVIII ENANPUR*, 2019. Disponível em: https://xviiienanpur.anpur.org.br/anaisadmin/capapdf.php?reqid=1057.

BRASIL. [Constituição] (1988).Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, [2016].Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelecem diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm. Acesso em: 7 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm. Acesso em: 7 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm.

Acesso: 5 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Institui a regularização fundiária rural e urbana e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 6 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. *Recomendação CNZU nº 7*: Conceito e Sistema de Classificação de Áreas Úmidas. 2017. Disponível em: https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/ecossistemas-1/areas-umidas/publicacoes/recomendacao-cnzu-n-7-conceito-e-sistema-de-classificacao-de-areas-umidas.pdf. Acesso em: 24 jul. 2023.

GAVILAN, Simone Almeida *et al.* (org.). *Educação Ambiental para Conservação de Tartarugas Marinhas no Nordeste do Brasil*. Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN), 2022. 200 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Brasileiro de 2010.Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

IPEA. ODS 11 - Cidades e Comunidades Sustentáveis. 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods11.html.

IPEA. AGENDA 2030. *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. p. 513. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8855/1/Agenda_2030_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.

JUSTIÇA Federal suspende obras de condomínio no Pântano do Sul. Liminar determina suspensão de obras em área alagável no sul da ilha de Florianópolis. Correio SC. 28/02/2022. Disponível em: https://www.correiosc.com.br/justica-federal-suspende-obras-de-condominio-no-pantano-do-sul. Acesso em: 28 jul. 2023.

FLORIANÓPOLIS. Lei Complementar nº 707/2021. Institui o Projeto Destrava Floripa, altera dispositivos da Lei Complementar nº 060/2000 (Código de Obras) e da Lei Complementar nº 374/2010 e dá outras providências. Disponível em: http://leismunicipa.is/gvyjp. Acesso em: 25 jul. 2023.

FLORIANÓPOLIS. *Programa Floripa Regular*. 2023. Disponível em: https://redeplanejamento.pmf.sc.gov.br/floriparegular. Acesso em: 11 jul. 2023.

NASCIMENTO, Rosemy. *Instrumentos para prática de educação ambiental formal com foco nos recursos hídricos*. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2003. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/84930. Acesso em: 24 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) - Agenda 2030. 2017. Disponível em: https://www.pactoglobal.org.br/ods. Acesso em: 13 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo*: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 2016. Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030. Acesso em: 11 jul. 2023.

POSSAS, H. P. *Análise ambiental da bacia hidrográfica do Pântano do Sul, Município de Florianópolis*, SC: o problema do abastecimento de água. 1998. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Curso de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal de Santa Catarina, 1998. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/77711. Acesso em: 25 jul. 2023.

TJSC. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5012442-64.2023.8.24.0000. Ministério Público de Santa Catarina (MPSC). Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho. Autuação: 08/03/2023.

VERAS, M. R. *Sustentabilidade e Habitação de Interesse Social na Cidade de São Paulo: análise de obras*. 2013. 150f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, 2013. Disponível em: https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/25963/Mariana%20Ribeiro%20Veras.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

avant.ufsc.br
revista.avant@contato.ufsc.br