



27^a EDIÇÃO DA RED I UNB

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília

27.^a Edição

copyright © 2025 por RED | UnB

Editoração e Revisão

**Corpo Editorial da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília
(RED | UnB)**

Diagramador: Marcelo Ishii

Capa: Luana Carneiro (instagram: @lalunaa.art)

Apoio:



DIREITO



EDUARDO FERRÃO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

34(05)	Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 26 (2025) – Brasília: RED UnB, Semestral ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico) 1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universi- dade de Brasília.

CONSELHO EDITORIAL¹

Letícia Pádua Pereira

Catarina Pierdoná Wasilewski
Enzo Lima de Moraes
Isadora Aires Schwarz Viana
Larissa Maria do Nascimento Almeida

EDITORES-ASSISTENTES

Ana Beatriz da Silva Feitosa
Ana Júlia Palhano dos Santos
Anna Beatriz Martins dos Santos
Anna Julia Carvalho de Sousa
Anna Luiza Ferreira Ponce
Artur Brasileiro de Alencar
Arthur Vilhena Zeidan Santos
Catarina Toscano Paulichi Battaglia Custódio
Davi Dias Viana dos Reis
Débora Medeiros dos Reis
Gabriel Almeida Cotrim do Nascimento
Gabriel Eduardo Nunes Lagares
Gabriela Naves Caldas Pereira
Gabriella Soares Silva
Giovana Thomazi Tramontini
Guilherme Marques de Moraes
Hádyla dos Santos Pereira
Ítalo Mariano Araújo Rodrigues
Joana Rocha Pinheiro Mesquita Fonseca
Lorena Reis de Lara
Manoel Ronan de Brito
Marcelo de Azevedo Gomes
Maria Clara Arcoverde de França Pereira
Maria Clara Oliveira Barata
Maria Clara de Pádua Carvalho
Maria Laura do Nascimento Almeida
Matheus de Oliveira Campos
Pedro Henrique Santos da Silva
Rafaela Lima de Siqueira
Sarah Maria Durães Costa
Susanna Andrade Fernandes Bezerra

¹ A Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB) é composta por estudantes da graduação da Faculdade de Direito da UnB.

CONSELHO CONSULTIVO
PROFESSORES CONSELHEIROS

Prof.^a Dr.^a Bistra Stefanova Apostolova (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Jéssica Amanda Fachin (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Paula Pessoa Pereira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

PARECERISTAS

Prof. Dr. Adalberto Fernandes Sá Junior (Universidade Federal do Pará, PA, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Adriana Almeida Lima (Universidade Estadual do Amazonas, AM, Brasil)
Prof. Me. Aleksandro de Mesquita Brasileiro (Universidade Católica do Salvador, BA, Brasil)
Prof. Dr. Alexandre Henrique Salema Ferreira (Universidade Estadual da Paraíba, PB, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Alice Bianchini (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano (Universidade Federal do Goiás, GO, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Ana Paula Motta Costa (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. ^a Ma. Ana Paula Riveira Holsback (Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, MS, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Andressa Regina Bissoletti dos Santos (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Dr. Artur Antonio da Rocha (Universidade Federal Fluminense, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Basile Georges Campos Christopoulos (Universidade Federal de Alagoas, AL, Brasil)
Prof. Dr. Bruno Bastos de Oliveira (Universidade Estadual Paulista, SP, Brasil)
Prof. Dr. Bruno Burgarelli Albergaria Kneipp (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Me. Bruno da Cunha de Oliveira (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Catarina Cecin Gazale (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Prof. Dr. Cesar Rodrigues van der Laan (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Dr. Cicero de Oliveira Sabino (Universidade Federal do Acre, AC, Brasil)
Prof. ^a Ma. Cláudia Regina de Azevedo (Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP, Brasil)
Prof. Dr. Claudio Jose Langroiva Pereira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior (Universidade Federal do Goiás, GO, Brasil)
Prof. Dr. Daniel Albuquerque de Abreu (Universidade Federal do Goiás, GO, Brasil)
Prof. Dr. Daniel Maia (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dr. Daniel Martins Boulous (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira (Universidade Estadual Paulista, SP, Brasil)
Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Prof. Me. Diogo Márcio Gonçalves dos Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Éderson Garin Porto (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Me. Edson Joaquim Raimundo de Araújo Júnior (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Abílio Kerber Diniz (Universidade de Rondônia, RO, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy (Universidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Eugenia Cristina Cleto Marolla (Universidade Federal do Pernambuco, PE, Brasil)
Prof. Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho (Universidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Francielle Vieira Oliveira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Francisco Pereira Costa (Universidade Federal do Acre, AC, Brasil)
Prof. Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dr. Gabriel Ferreira da Fonseca (Centro Universitário de Salvador, BA, Brasil)
Prof. ^a Ma. Giovanna Maria Brito Gonçalves (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Guilherme Gomes Vieira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Guilherme Scodeler De Souza Barreiro (Universidade Federal de Lavras, MG, Brasil)
Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Gustavo Osna (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Jamile Gonçalves Calissi (Universidade Estadual de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Jéssica Gonçalves Formigheri (Universidade Estadual de Santa Catarina, SC, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Joana de Moraes Souza Machado (Universidade Federal do Piauí, PI, Brasil)
Prof. Me. João Roberto dos Reis de Souza (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Me. João Victor Bião Lino (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Jônica Marques Coura Aragão (Universidade Federal de Campina Grande, PB, Brasil)
Prof. Dr. Jorge Alberto Araújo de Araújo (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)
Prof. Dr. José Luiz de Moura Faleiros Júnior (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Me. Leonardo Massud (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Leonísia Moura Fernandes (Universidade Federal do Acre, AC, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Lidiane Moura Lopes (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dr. Luís Flávio Saporì (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (Universidade Federal de Pelotas, RS, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Márcia Cristina Xavier de Souza (Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes Da Silveira (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dr. Marcos de Lima Porta (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Marcos Gonçalves Nascimento Costa (Universidade Federal do Piauí, PI, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques (Universidade Federal do Piauí, PI, Brasil)
Prof. Me. Mateus Cavalcante de França (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof.^a Me. Narcilene Moreira Machado Lemes (Universidade Federal do Goiás, GO, Brasil)
Prof.^a Me. Natália Santana dos Santos (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Me. Nicholas Augustus de Barcellos Nether (Fundação Escola Superior do Ministério Público, DF, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Orly Kibrit (Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP, Brasil)
Prof.^a Me. Patrícia Soster Bortolotto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Paula Pessoa Pereira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Pedro Felipe de Oliveira Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Roberto França de Vasconcellos (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Dr. Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Me. Rodrigo Leal Teixeira (Universidade Estadual de Montes Claros, MG, Brasil)
Prof. Dr. Rodrigo Moraes Ferreira (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)
Prof. Dr. Rodrigo Octavio Pinto Borges (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof.^a Me. Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz (Centro Universitário Ritter dos Reis, RS, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Roseli Rêgo Santos Cunha Silva (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Rubens Beçak (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Sandra Regina Leal (Universidade de Santa Catarina, SC, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Tatiana Cotta Gonçalves Pereira (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Túlio Macedo Rosa e Silva (Universidade Estadual do Amazonas, AM, Brasil)
Prof.^a Dr.^a Veronica Lagassi (Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Me. Victor Giusti de Castro (Central European University, CEU, Austria)
Prof. Me. Vital Nogueira de Souza (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, RN, Brasil)
Prof. Me. Vitor Galvão Fraga (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Wagner Vinícius de Oliveira (Universidade Federal do Tocantins, TO, Brasil)
Prof. Dr. Wilson Alves de Souza (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)
Prof. Dr. Wingler Alves Pereira (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
<i>Letícia Pádua Pereira</i>	
APLICAÇÃO DA PENA E COLABORAÇÃO PREMIADA NA AÇÃO PENAL DA TENTATIVA DE GOLPE DE ESTADO (AP 2668/STF): CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS SANÇÕES PREMIAIS ATÍPICAS*	12
<i>Breno Zanotelli</i>	
<i>Lilian Christine Reolon</i>	
<i>Salo de Carvalho</i>	
GOVERNAÇÃO PÚBLICA E DADOS DE SAÚDE; PRIVACIDADE E O ACESSO ABERTO: APRESENTAÇÃO DO EEDS EM MODO DE DIVINA COMÉDIA	29
<i>Isabel Celeste Fonseca</i>	
NOTAS AFRODIASPÓRICAS PARA UM ENSINO JURÍDICO ANTIRRACISTA ...	38
<i>Luciano Góes</i>	
A REINSCRIÇÃO DA COLONIALIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: ENTRE ESTRUTURA, CONJUNTURA E ACONTECIMENTO, UMA ANÁLISE HISTÓRICO-CRÍTICA DA EROÇÃO INSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO TRABALHISTA	56
<i>Júlio César Farias De Oliveira Júnior</i>	
JUIZ DE GARANTIAS E DIREITO SOCIOEDUCATIVO: UM NOVO PARADIGMA NA JUSTIÇA INFANTOJUVENIL	66
<i>Beatriz de Lima Saes</i>	
VIOLÊNCIAS DE GÊNERO FACILITADAS PELA TECNOLOGIA: A URGÊNCIA DA EDUCAÇÃO NA PROTEÇÃO DE MENINAS EM CONTEXTO ESCOLAR	78
<i>Ana Luíza Nogueira Braga</i>	
ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: A CONSTITUIÇÃO EM KELSEN E SCHMITT	93
<i>Samuel Cruz de Paula Marques</i>	
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS, DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS E CAMINHOS DE GOVERNANÇA	112
<i>Ian Rodrigues</i>	
<i>Marina Silva Leme</i>	

MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS JULGAMENTOS DE TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	139

Gabriela Ortiz Rosa de Vasconcelos

DA CITAÇÃO ELETRÔNICA PELO APLICATIVO “WHATSAPP”: REQUISITOS PARA A SUA VALIDADE	160

Paula Paciullo de Oliveira

MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO PENAL DURANTE A REGÊNCIA: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS	171

Heitor Martins Lacerda

EXCLUSÃO DE ILICITUDE EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM ESTUDO SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	185

Pablo Ruan de Paula Teles

Suzana Cunha Modesto

JOGO DURO CONSTITUCIONAL: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA E UMA DISCUSSÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA À LUZ DO CONCEITO	202

Douglas Sousa

Evelyn Apolinaria

PROCURADOR-GERAL MUNICIPAL: CARGO COMISSIONADO, AUTONOMIA LOCAL E CONTROLE JURISDICIONAL	222

Júlio César Puro Feitosa

OPEN FINANCE: O USO DA PORTABILIDADE DE DADOS COMO FORMA DE MITIGAR A ASSIMETRIA INFORMACIONAL	248

Rafael Aleixo Fernandes da Silva

UM PANORAMA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA SOB A LUZ DO FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO, DO LIBERALISMO POLÍTICO E DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES	258

Isabella Jannuzzi Chaves de Jesus

Victória Silvestre Bentes

Maria Clara Ortiz Rodrigues

Giovanna Vitória de Abreu Bueno

VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS: DINÂMICAS DE PODER E SILENCIAMENTO	279

Luan Felipe Monteiro da Silva

O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO: A POLISSEMIA DA TEORIA DA ACTIO NATA	291

Bruna Muinhos Barnes

Maria Eduarda Lemos Faleiro

Vinicius Tocchio dos Anjos

JUIZ DAS GARANTIAS: A MENOS DE UM ANO DO PRAZO DADO PELO STF, UMA ANÁLISE SE OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA JÁ IMPLANTARAM EFETIVAMENTE O INSTITUTO.....	306

Danilo Almeida Silva

CURATELA NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: A PROPOSTA PROMOVE A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS E RESPEITO À AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?	318

Marina Neves de Campos Mello

MÍDIA, IDEOLOGIA E DIREITO PENAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	339

João Victor Lopes de Oliveira

Luiz Eduardo de Sousa Ferreira

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE: ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O PROCESSO CIVIL	359

Leonardo Costa Norat

Geovana Vitoria da Silva Tavares

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A ADC Nº 48: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS EM RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS ENVOLVENDO CONTRATOS DE TRANSPORTADORES AUTÔNOMOS DE CARGA (TAC).....	382

Isadora Barcelos Viana

UNIÃO EUROPEIA: O INEVITÁVEL DESTINO DA EVOLUÇÃO POLÍTICA NA EUROPA FIRMADA PELA CONFEDERAÇÃO EMERGENTE...	397

Isabela Rodrigues Frossard

A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO NA CODIFICAÇÃO ARGENTINA: DE TEIXEIRA DE FREITAS AO ECLETISMO DE FONTES	411

Natasha Reis de Carvalho Cardoso

Para solidificar uma reputação de quase 30 anos, é necessário mais do que um empenhimento de esforço. Com certeza um adicional de boa vontade conta positivamente, porém o verdadeiro diferencial é: a sagaz coragem da consistência. Ao longo de 2025, a Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED | UnB) foi objeto de uma verdadeira reforma – a estrutura consolidada de forma tão belíssima por gerações de editores estava desorganizada e necessitando de uma sistematização profunda. É a partir desse escopo central que se guiou a gestão de 2025, capaz de, ao cabo, dar a vida a 2 (duas) edições do periódico, finalizando o processo editorial por inteiro, além de indexar mais de 400 artigos em diversos bancos de dados, lançar 2 (dois) cursos de curta duração – envolvendo os temas de Direito Constitucional e Pesquisa Jurídica –, e colocar ao ar mais de 15 episódios do *podcast* oficial (REDCast) da RED | UnB. Dessa forma, as conquistas foram tamanhas e tão permanentes que ficaram como marca indelével deste ano desafiador.

A Revista dos Estudantes de Direito da UnB é uma potência considerável, ostenta nome, bagagem e história dotados de uma sensibilidade que pouquíssimos projetos guiados 100% por graduandos são capazes, afinal é uma rotina exaustiva e turbulenta. Ser capaz de conciliar a gestão de um periódico dotado de diversos projetos paralelos não apenas representa um desafio a nível institucional, como também é produto de um respiro coletivo – é fundamental ter fôlego para a execução autônoma de um projeto tão profundamente vivo como este. Desse modo, é impossível não listar os agradecimentos:

Agradeço aos nossos autores convidados, os quais nos presentearam com artigos de altíssima qualidade. Aos professores Dr. Salo de Carvalho, Breno Zanutelli e Lilian Christine Reolon, por nos brindar com o artigo “**APLICAÇÃO DA PENA E COLABORAÇÃO PREMIADA NA AÇÃO PENAL DA TENTATIVA DE GOLPE DE ESTADO (AP 2668/STF): CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS SANÇÕES PREMIAIS ATÍPICAS**”, uma verdadeira pérola para a reflexão de temas atuais no âmbito do Direito Penal e para a democracia brasileira. À professora Dra. Isabel Celeste Fonseca que, em seu artigo inovador “**GOVERNAÇÃO PÚBLICA E DADOS DE SAÚDE; PRIVACIDADE E O ACESSO ABERTO: APRESENTAÇÃO DO EEDS EM MODO DE DIVINA COMÉDIA**”, nos dá a chance, como leitores, a acessar tópicos de pesquisa relevantes também para o Brasil em conexão com o pensamento acadêmico de Portugal. Ao professor da UnB Dr. Luciano Góes, por possibilitar a RED | UnB ser a casa do artigo “**NOTAS AFRODIASPÓRICAS PARA UM ENSINO JURÍDICO ANTIRRACISTA**”, o qual é a materialização do trabalho magnífico conduzido pelo professor acerca da promoção de um ensino jurídico antirracista.

Aos autores que tão pacientemente lidaram com as turbulências típicas do processo editorial, essa confiança depositada foi o motor que nutria as atividades dos editores da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (RED | UnB). A todo instante, apesar dos desânimos insistentes, lembrávamos dos sonhos por trás de cada artigo, junto a cada

sorriso que poderia surgir consequente de uma aprovação, diante disso fomos capazes de avançar até a reta de conclusão.

Ao nosso eficiente Conselho Consultivo de pareceristas, que compreende desde o Norte até o Sul do país, em uma diversidade consistente, sem a avaliação voluntária realizada por estes professores não há periódico, o trabalho não existiria e se esvaziaria. Em reconhecimento a isso, nosso agradecimento mais puro.

Aos meus Editores-Assistentes, os quais me referencio com coração recheado de alegria, registro a admiração pelo trabalho executado: são estes os verdadeiros responsáveis pela máquina editorial. Esse grupo de Editores-Assistentes de Artigos analisou artigos, catalogaram-os e emitiram convites e se comunicaram com os nossos prezados pareceristas –, de modo que representam a verdadeira força motriz da RED|UnB.

Ao escritório “**EDUARDO FERRÃO ADVOGADOS ASSOCIADOS**” pelo apoio que já se estende por 3 (três) edições. O suporte fundamental nos fornecido e a postura vanguardista do escritório é inovadora no âmbito jurídico e é inspirador para a perpetuação deste trabalho realizado por tantas mãos.

Adicionalmente, gostaria de agradecer aos meus eternos chefes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: o Desembargador Federal Dr. Urbano Leal Berquó Neto que, em sua gentileza e calor, me impulsionou desde o primeiro momento a enfrentar os desafios iniciais da gestão; também à Dra. Sarah Rejane de Oliveira, a qual, em sua simpatia, fomentou minha vontade de prosseguir com os planos e a visualizar que, para além da paixão individual, há a contribuição coletivista do periódico.

Com votos de sincera esperança e frutífera leitura,

Letícia Pádua Pereira

(Editora-Chefe da RED|UnB).

APLICAÇÃO DA PENA E COLABORAÇÃO PREMIADA NA AÇÃO PENAL DA TENTATIVA DE GOLPE DE ESTADO (AP 2668/STF): CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS SANÇÕES PREMIAIS ATÍPICAS^{1*}

APPLICATION OF SENTENCING AND PLEA BARGAINING IN THE CRIMINAL PROSECUTION OF THE ATTEMPTED COUP D'ÉTAT (AP 2668/STF): CONSIDERATIONS ON ATYPICAL AWARD SANCTIONS

Breno Zanutelli²

Lilian Christine Reolon³

Salo de Carvalho⁴

RESUMO: O presente artigo analisa a questão das sanções premiais atípicas em acordos de colaboração premiada, examinando a trajetória jurisprudencial e doutrinária do instituto antes e após as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime). A condenação do colaborador Mauro Cesar Barbosa Cid na ação penal da tentativa de golpe de Estado (AP 2668/STF) à pena de dois anos em regime aberto, conforme previsto em seu acordo, é avaliada como precedente demonstrativo de que a jurisprudência não aderiu à interpretação de que o legislador pôs fim à possibilidade de benefícios não expressamente previstos em lei. Antes da Lei 13.964/2019, prevalecia no Supremo Tribunal Federal o entendimento favorável às sanções atípicas, desde que benéficas ao colaborador, posição contestada por parcela significativa da doutrina sob o argumento da violação ao princípio da legalidade e à separação de poderes. Com a Lei 13.964/2019, parte considerável dos juristas concluiu pela vedação total das sanções atípicas. Contudo, decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em outubro de 2022, reafirmou a possibilidade de benefícios não previstos na legislação, desde que mais favoráveis ao colaborador e que não violem o ordenamento jurídico. A condenação do colaborador na AP 2668 pela Primeira Turma do STF, aplicando diretamente a “pena-teto” acordada, corrobora esse entendimento. O estudo conclui que, embora a extensão das sanções premiais atípicas permaneça em discussão, ao menos as modalidades de pena certa ou “pena-teto”, respeitados os limites legais quanto ao regime inicial e os requisitos para a progressão, encontram respaldo na jurisprudência atual, apontando para consolidação futura dessa interpretação nos tribunais superiores.

Palavras-chave: Aplicação da pena; Colaboração premiada; Sanções premiais atípicas; Lei Anticrime.

ABSTRACT: This article examines the issue of atypical leniency sanctions in plea and cooperation agreements, analyzing the jurisprudential and doctrinal development of this instrument before and after the amendments introduced by Law 13.964/2019 (Anti-Crime Law). The conviction of cooperating

1 * Agradecemos à Maria Olivia Fadel Duarte pelo auxílio na pesquisa de jurisprudência.

2 Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Foi professor substituto de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Advogado. E-mail: brenozanutelli@hotmail.com.

3 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Foi professora de Direito Penal no Centro Universitário FADERGS. Advogada. E-mail: lilianreolon@yahoo.com.br.

4 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor adjunto de Direito Penal e Criminologia na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Advogado. E-mail: salo.carvalho@uol.com.br.

defendant Mauro Cesar Barbosa Cid in the criminal case concerning the attempted coup d'état (AP 2668/STF) to a two-year sentence under an open regime, as provided in his agreement, is assessed as a precedent demonstrating that case law has not adopted the interpretation that the legislator eliminated the possibility of granting benefits not expressly provided for by law. Before Law 13.964/2019, the prevailing understanding in the STF favored atypical sanctions, as long as they were more beneficial to the cooperating defendant, a position contested by a significant portion of legal scholars on grounds of violation of the principle of legality and separation of powers. With the the Law 13.964/2019, many jurists concluded that all atypical sanctions had been prohibited. However, a decision issued by the Special Court of the STJ in October 2022 reaffirmed the possibility of granting benefits not expressly provided for in legislation, as long as they are more favorable to the cooperating defendant and do not violate the legal system. The conviction of the cooperating defendant in AP 2668 by the First Panel of the STF, which directly applied the agreed-upon sentence cap, reinforces this understanding. The study concludes that, although the scope of atypical leniency sanctions remains under debate, at least the forms of fixed sentence or sentence cap – provided that legal limits regarding the initial prison regime and requirements for progression are observed – find support in current case law, suggesting a likely future consolidation of this interpretation in the higher courts.

Keywords: Sentencing; Plea and cooperation agreement; Atypical leniency sanctions ; Anti-Crime Law.

1. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da Lei 13.964/2019, denominada de “Lei Anticrime”⁵, em 23 de janeiro de 2020, trouxe uma regulamentação mais detalhada ao instituto da colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013.⁶ Para Marcos Paulo Dutra Santos, não se tratou tanto de uma inovação, quanto de uma positivação de “postulados doutrinários e jurisprudenciais”.⁷ A afirmação parece se confirmar quando o primeiro dispositivo que trata do tema na lei enuncia a natureza jurídica (dúplice) do acordo de colaboração premiada: “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos” (art. 3º-A da Lei 12.850/2013), em alinhamento com o que vinham indicando o Supremo Tribunal Federal e os juristas.

Um ponto central do novo regime jurídico da colaboração premiada, contudo, não se limitou a encampar uma diretriz já consolidada na jurisprudência ou um consenso teórico. Ao estabelecer o art. 4º, § 7º, II, na Lei 12.850/2013⁸, o legislador tomou partido na questão que provavelmente trouxe maiores divergências acerca do tema, superada apenas

5 Para uma crítica do projeto de lei que a originou desde seus fundamentos ideológicos cf. CARVALHO, Salo. A estrutura lógica e os fundamentos ideológicos do sistema de penas no Projeto de Lei Anticrime. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 3, p. 161-192, set./dez. 2019.

6 Legislações anteriores previam formas de colaboração premiada, embora sem a regulamentação presente na Lei 12.850/2013, como as Leis 7.492/1986, 8.072/1990, 8.137/1990, 9.613/1998 e 11.343/2006.

7 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 322.

8 “Art. 4º [...] § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: [...] II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo”.

pela discussão acerca da (i)legitimidade dos próprios acordos, relativa à possibilidade ou não das chamadas “sanções premiais atípicas”, que consistiriam em penas estipuladas nos acordos sem expressa autorização legal.

A inclusão do art. 4º, § 7º, II, na Lei 12.850/2013 foi, a princípio, percebida por muitos como um ponto final, por parte do legislador, nesta discussão, resolvendo-a em favor dos que rechaçavam as penas em acordo sem expressa previsão legal. Mas certamente não se tratou de um ponto final na discussão, nem no âmbito teórico, nem no prático.

Julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça de outubro de 2022 demonstrou que a discussão seguia viva como antes da mudança legal e afirmou, em votação apertada de sete a seis, a possibilidade das sanções premiais atípicas.⁹

Recentemente, a condenação dos membros do núcleo central dos articuladores da tentativa de golpe de Estado entre 2021 e janeiro de 2023, incluindo o colaborador Mauro Cesar Barbosa Cid, sentenciado à pena prevista no acordo de 2 anos em regime aberto, que entendemos como atípica, reforça que a questão não foi resolvida.

Assim, o problema do presente trabalho pode ser apresentado pela seguinte questão: qual o significado da condenação, pela Primeira Turma do STF, do colaborador na ação penal da tentativa de golpe de Estado (AP 2668) à pena privativa de liberdade acordada de 2 anos em regime aberto no contexto em que parcela considerável dos juristas e dos atores do sistema penal tem entendido que a Lei 13.964/2019 pôs um fim à possibilidade (já questionada no regime jurídico anterior) das sanções premiais atípicas?

2. A QUESTÃO DAS SANÇÕES PREMIAIS ATÍPICAS ANTES DA LEI 13.964/2019

A Lei 12.850/2013¹⁰, ao tratar dos benefícios possíveis na colaboração premiada, diferenciou duas modalidades que podem ser denominadas de pré-sentencial e pós-sentencial¹¹, conforme a colaboração ocorra antes ou depois de sentença condenatória. Para a primeira seriam cabíveis, conforme o *caput* e o § 4º do art. 4º: (*primeiro*) perdão judicial; (*segundo*) causa especial de redução da pena privativa de liberdade de até dois terços; (*terceiro*) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; ou (*quarto*) não oferecimento de denúncia, desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e que seja o primeiro a prestar colaboração efetiva. O § 2º do art. 4º garante a possibilidade do perdão judicial mesmo se não for explicitamente acordado, dependendo da relevância da colaboração.¹² Para a segunda modalidade, também chamada de colaboração tardia, os benefícios previstos foram: (*primeiro*) causa especial de redução da pena privativa de liber-

9 STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na PET 13974, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, j. 05/10/2022, DJe 28/11/2022.

10 Embora as referências no presente tópico sejam à redação original, quase todas se mantiveram inalteradas com a Lei 13.964/2019. No próximo serão apresentadas as alterações relevantes.

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016. p. 29-30.

12 “Art. 4º [...] § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz

dade de até metade; ou (*segundo*) “progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos” (art. 4º, § 5º, Lei 12.850/2013).

Os benefícios acordados com o colaborador e sua defesa técnica precisam ser submetidos à homologação judicial, devendo o juiz analisar a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, Lei 12.850/2013). Superada esta fase, a lei estabeleceu um segundo momento de controle jurisdicional: não mais a verificação da regularidade do acordo, mas a análise da sua eficácia, o que deve ocorrer no julgamento do(s) processo(s) a que responde o colaborador (art. 4º, § 11, Lei 12.850/2013), conjuntamente com os demais acusados, incluindo os delatados.

Os parâmetros para aferir a eficácia da colaboração foram estabelecidos nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/2013: (I) identificação de autores e partícipes; (II) revelação da estrutura da organização criminosa; (III) prevenção de infrações penais; (IV) recuperação integral ou parcial do produto ou do proveito do crime; e (V) localização de eventual vítima. Além deste parâmetro central, o magistrado deve considerar também, na concessão dos benefícios, “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso” (art. 4º, § 11, Lei 12.850/2013).

Prática corrente no contexto da Operação Lava Jato¹³, que coincide com a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, a previsão de sanções atípicas nos acordos de colaboração premiada e sua chancela pelos magistrados, tanto na homologação dos acordos quanto nas sentenças condenatórias, enfrentou pouca resistência nos tribunais. A posição prevalente no STF é representativa:

A fixação de sanções premiais não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido.¹⁴

Não se tratou, porém, de entendimento incontestado, consoante divergências apresentadas *obiter dictum* pelos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes em outro julgado, em que este afirmou ser inadmissível a prevalência do “acordado sobre o legislado” no âmbito penal.¹⁵ Ainda, em decisão monocrática, o ministro Lewandowski recusou a homologação de acordo que previa pena pré-fixada, pois não seria “lícito às partes con-

pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

13 Conforme observado em trabalho anterior de um dos autores, em que analisou a pena aplicada ao colaborador Alberto Youssef pelo então juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, nos autos nº 5036528-23.2015.4.04.7000: CARVALHO, Salo. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017.

14 STF, Agravo Regimental no INQ 4405, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/02/2018, DJe 05/04/2018.

15 STF, PET 7074, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, DJe 03/05/2018. As discussões centrais eram a prevenção do relator para o procedimento de homologação de acordo de colaboração premiada, ponto que não suscitou divergência, e se a competência para a homologação no STF seria do órgão colegiado ou do relator, monocraticamente, posição que venceu por maioria.

tratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador”.¹⁶

Entre a doutrina a questão suscitou divergências profundas. Estudo de J. J. Canotilho e Nuno Brandão, em que analisam acordos iniciais da Lava Jato (Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa), tendo como mote a possibilidade ou não de o Estado português prestar cooperação judiciária internacional em casos relacionados à operação, deflagrados em decorrência das provas obtidas com os acordos, teve grande repercussão no Brasil. No texto defendem que “o princípio da separação dos poderes [...] seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição”.¹⁷

Após analisar as sanções premiais atípicas aplicadas nos acordos, concluem que estes “emergem como exemplos paradigmáticos de métodos proibidos de obtenção de prova no âmbito da delação premiada”, por terem sido firmados mediante promessa de benefício não admitido pela legislação, devendo ter como consequência “a proibição de valoração das provas obtidas deste jeito enganoso [...] projetando-se não apenas na direção do colaborador enganado, como também na dos terceiros visados por suas declarações delatatórias”.¹⁸

Representativo da posição contrária, Andrey Borges de Mendonça defende que, dentro do “modelo de justiça criminal consensual”, com características diversas do modelo litigioso tradicional, em muitas circunstâncias concretas a formulação de cláusulas contendo sanções atípicas, como a proposta de pena certa ou de “pena-teto”, é a única forma de atender simultaneamente aos interesses da defesa do colaborador, da acusação e da coletividade, carecendo de sentido prático nestes casos a mera previsão de incidência de fração (variável) de causa de diminuição de pena, pois a aceitação de um benefício genérico seria prejudicial ao colaborador e o deixaria em situação de completa insegurança.¹⁹

16 STF, PET 7265, Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. 14/11/2017.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016. p. 24. O texto foi posteriormente adaptado e publicado no Brasil: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, p. 133-171, jul. 2017.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016. p. 35-37.

19 “Deve-se iniciar por investigar o motivo pelo qual são estipuladas cláusulas com penas específicas. A razão é que, por vezes, o benefício da diminuição da pena, de maneira ilíquida, mostra-se insuficiente para atender aos interesses das partes envolvidas e à situação específica analisada. Embora o benefício da causa de diminuição de um a dois terços seja útil e relevante para situações de um criminoso ocasional, que praticou poucos delitos, não é adequada para casos de imputados que praticaram dezenas ou centenas de delitos, mostrando-se insuficiente para atender aos interesses da acusação e da defesa. [...] Aceitar um benefício genérico em tais circunstâncias pode ser extremamente prejudicial ao colaborador, além de deixá-lo em uma situação de absoluta insegurança, por não saber de antemão qual a potencial pena que terá que cumprir ao final. [...] E pior: mesmo que aceite fazer o acordo, provavelmente o fará negando fatos, pois será interessante para ele que narre o mínimo de fatos possível, pois, assim, terá uma pena menor. Veja que a concessão do benefício em patamar fixo (de um a dois terços) acabará por ser um estímulo para o colaborador mentir ou negar ao menos parte dos fatos. Ou seja, em situações como a indicada acima, muito comuns na prática, nem mesmo os interesses da acusação – e da sociedade – serão satisfeitos, pois haverá um estímulo para que o colaborador narre apenas parcela dos fatos delitivos, até mesmo como forma de autopreservação. Veja,

Além do estabelecimento de pena certa ou de “pena-teto”, circunstância também presente no julgamento do colaborador Mauro Cesar Barbosa Cid, como será visto, outras sanções atípicas verificadas nos dois acordos analisados por Canotilho e Brandão foram: diminuição da pena de multa, estabelecimento de requisitos mais brandos para a progressão de regime, suspensão de procedimentos com o atingimento do teto de pena privativa de liberdade em outros processos e o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade com o acordo, independentemente de sentença condenatória.²⁰

3. SANÇÕES PREMIAIS ATÍPICAS APÓS A LEI 13.964/2019

No que releva para o presente estudo, a principal alteração promovida pela Lei 13.964/2019 consistiu na previsão, no art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/2013, de que no juízo homologatório o magistrado deve observar a “adequação dos benefícios pactuados” aos previstos na lei²¹ e de nulidade das “cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do [...] Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na [...] Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo”.

Para Gustavo Badaró, o dispositivo representaria a impossibilidade de quaisquer sanções premiais sem previsão legal expressa: “Agora ficou claro que não se pode mais acordar penas não previstas em lei. Diferente do que vinha sendo aplicado na prática, a Lei 12.850/2013 nunca deu autorização legal para que as partes convençionem, em acordo de colaboração, a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena”.²²

Em perspectiva oposta, admitindo ainda uma ampla margem no estabelecimento dos prêmios acordados, desde que *pro reo*, Alexandre Wunderlich apresenta uma diferen-

portanto, que os dois valores do processo penal – eficiência e garantismo – restam prejudicados em uma interpretação literal do benefício. Acaba-se por estimular o colaborador a omitir fatos delitivos, o que, certamente, não é o interesse da legislação, do sistema e, muito menos, da sociedade. [...]

Em razão disso, em vez de fazer uma proposta genérica (apenas a previsão de uma causa de diminuição de um a dois terços), na prática acaba-se por fazer uma proposta específica e concreta de uma pena determinada. [...]

Tais técnicas preservam os interesses do colaborador e da acusação. Para a defesa, traz segurança e afasta-se o risco de ter uma condenação em penas que seriam desarrazoáveis e, muitas vezes, maiores que dos próprios delatados. Para a acusação, estimula o colaborador a narrar todos os fatos delitivos conhecidos, pois quanto maior sua contribuição, maior o benefício”. MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 89-90.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016. p. 29-35.

21 Foram mantidos os critérios de aferição da eficácia da colaboração e os benefícios previstos, com um acréscimo de que para o não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público a proposta do colaborador deverá se referir “a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento” (art. 4º, § 4º), vedando-se o benefício, portanto, quando o órgão acusador ou a autoridade policial “tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador” (art. 4º, § 4º-A).

22 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 540. No mesmo sentido: ZILLI, Marcos. O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual: o controle judicial em face dos operadores-legisladores. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). **Colaboração premiada: perspectiva comparada**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ciação entre “pena” e “sanção premial”²³ para afirmar que os limites impostos pela nova legislação incidem, quando for o caso, sobre a pena criminal, bem como seu cumprimento, servindo como garantia ao colaborador.

Há, ainda, posições intermediárias, destacando-se a perspectiva de Juliano Breda de que entre as penas vedadas – em rol taxativo – e as expressamente previstas, outras sanções seriam possíveis. O legislador teria atuado diante de uma realidade concreta, optando por vedar benefícios específicos que vinham sendo adotados e que reputou indevidos. Outros, porém, não proibidos por lei, poderiam ser acordados, como o estabelecimento de penas privativas de liberdade específicas, desde que respeitado o correspondente regime inicial de cumprimento.²⁴²⁵

Bottini e Aras também estariam em posição intermediária, partindo de interpretação sistemática e a partir da Constituição para afastar uma das vedações previstas no art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/2013, que impossibilita a pactuação acerca dos “requisitos de progressão de regime” nas colaborações anteriores à condenação, mas não nas posteriores. Há, segundo os autores, inconstitucionalidade na permissão de cláusulas mais benéficas apenas nas colaborações tardias (art. 4º, § 5º), por se tratar de discriminação injustificada, pois privilegia aqueles que prestam colaboração de menor relevância e *pune* aqueles que colaboram no curso da investigação – ou mesmo antes dessa, dando a ela origem – ou do processo. Se há razão para um tratamento desigual, na medida das desigualdades, a vedação deveria incidir na colaboração tardia. Ao permitir o legislador, nesta hipótese, acordos com requisitos temporais para progressão mais brandos, deve ser dada interpretação conforme a Constituição ao disposto no art. 4º, § 5º, para que se admitam as mesmas cláusulas também nos casos de colaboração pré-sentencial.²⁶

23 Para o autor, a pena criminal é a fixada em sentença judicial e se estrutura em critérios clássicos de dosimetria, enquanto a sanção premial “é fruto de processo de consenso, é discutida, negociada e acertada pelas partes celebrantes do acordo de colaboração e pode adotar os critérios legais previstos para a ‘pena criminal’ ou, ainda, outros vetores ‘diferenciados’, justamente por não se tratar de uma simples ‘pena’ a ser fixada pelo juiz no processo contencioso, mas de ‘sanção premial’ – e, assim, não deve ser aplicada a regra de quanto maior o juízo de censura que recai sobre a conduta do agente, maior será a resposta penal”. WUNDERLICH, Alexandre. Pena e sanção premial. In: WUNDERLICH, Alexandre et al. **Acordo de não persecução penal e colaboração premiada**: após a Lei Anticrime. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022. p. 136-137.

24 “Em conclusão, parece claro que o legislador, que conhecia a polêmica sobre a definição antecipada das penas, vedou apenas a celebração dos acordos com regimes iniciais e causas de progressão distintas das legalmente previstas, além de proibições específicas já previstas originariamente na Lei nº 12.850/2013 [...]”

É clara, portanto, a opção do legislador em vedar de forma taxativa determinados benefícios, dentro de todo arco possível de concessões dentro do espaço de negociação. Em outras palavras, parece ser inequívoca a intenção de estabelecer de modo excepcional as vedações, ou seja, quando o legislador pretendeu proibir algum benefício o fez de modo expresso, o que também indica que seu silêncio deve operar, na tarefa hermenêutica, como permissão tácita.

É possível, portanto, fixação de uma pena privativa de liberdade ‘certa’ ou de uma ‘pena-teto’ ou ‘pena-limite’ no acordo, desde que se estabeleça o regime inicial correspondente ao legalmente previsto no Código Penal. A execução dessa pena depende, porém, de sentença penal condenatória”. Breda, Juliano. O cálculo da pena em colaboração premiada. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Coleção 80 anos do Código Penal**. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 313.

25 Também admitindo a previsão de sanção específica: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 195-196. Em sentido contrário: BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 541-542.

26 “Ocorre que o § 5º trata das colaborações premiadas realizadas após a prolação da sentença. São os casos em que o réu decide cooperar com a Justiça após a condenação – razão pela qual os benefícios possíveis são – ou deveriam ser – mais res-

Em julgamento paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Lei 12.850/2013 não encerra rol taxativo de benefícios possíveis de serem pactuados na colaboração premiada, evidenciando que a Lei 13.964/2019 não pôs um fim à discussão sobre as sanções premiaias atípicas.

No julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na PET 13974, em outubro de 2022, por maioria de sete a seis, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de o Ministério Público “limitar a pena máxima a ser cumprida e estabelecer critérios diferenciados para a execução de pena, em troca da colaboração do acusado”.²⁷

O acordo em questão fixava tempo máximo para cumprimento de pena privativa de liberdade e previa critérios diferenciados para o cumprimento da sanção (prisão domiciliar) e para progressão de regime, tendo a relatora, ministra Nancy Andrighi, indeferido o pedido de homologação com base no art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/2013, inserido pela Lei 13.964/2019.²⁸

No entendimento do ministro Og Fernandes, cujo voto prevaleceu, foi destacado que o princípio da legalidade se constitui como garantia dos acusados, não sendo possível seu manejo para restringir direitos no âmbito penal e processual penal, “sob pena de inversão da lógica dos direitos fundamentais. Por isso, não há vedação ao emprego de analogia *in bonam partem* no campo criminal”.²⁹

Assim, apontou a possibilidade das chamadas sanções premiaias fora do rol legal rígido a partir de interpretação sistemática, desde que mais favoráveis ao colaborador e que não violem a Constituição, o ordenamento jurídico, a ordem pública e a moral³⁰, conforme o seguinte trecho da ementa do acórdão:

15. Quanto à previsão de nulidade de cláusulas que alterem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena ou os requisitos de progressão de regime

tritos. Por isso, a lei prevê nessas situações que a pena poderá ser reduzida até a metade (quando para os demais colaboradores esta pode ser reduzida até 2/3), sendo admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Nota-se aqui uma incongruência. Não parece fazer sentido admitir a flexibilização dos critérios para progressão de regime nos casos do § 5º – de colaboração tardia, após a sentença condenatória – e impedir o mesmo benefício para aqueles que colaboraram já no início do processo, na fase de investigações ou mesmo antes disso.

Assim, os benefícios sobre progressão de regime devem se estender a todos os colaboradores, sendo inconstitucional a vedação do inciso II do § 7º do art. 4º, por ferir a isonomia e a proporcionalidade previstas no art. 5º, I, XLVI e LVI, da Constituição Federal. Sob um prisma político criminal, referida proibição restringe o alcance de instituto favorável ao interesse público, o que milita contra as finalidades legais que justificam sua criação”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ARAS, Vladimir. Reflexões sobre a homologação do acordo de colaboração premiada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. v. 7. Brasília: MPF, 2020. p. 229-230.

27 ConJur. **STJ valida acordo de colaboração premiada com sanções penais atípicas**. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-out-06/stj-valida-colaboracao-premiada-sancoes-penais-atipicas>>. Acesso em 14 out. 2025.

28 Trata-se de processo em segredo de justiça, cuja ementa do acórdão foi divulgada, mas sem disponibilização dos votos e peças processuais, de modo que as informações foram obtidas, além da notícia no site do ConJur, a partir da gravação da sessão de julgamento: STJ. **Corte Especial - STJ - 05/10/2022**. YouTube, 5 out. 2022. 02h09m08s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6VPHQZ4HoJI>>. Acesso em 14 out. 2025.

29 STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na PET 13974, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, j. 05/10/2022, DJe 28/11/2022. Trecho do voto disponível em “Informações complementares à ementa” na busca de jurisprudência.

30 A referência à moral fragiliza o argumento, por contrariar o princípio da secularização. Nesse sentido: CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 269-278.

(art. 4º, § 7º, II, da Lei n. 12.850/2013), o próprio legislador autorizou a fixação de benefícios mais amplos ao estabelecer que o juiz poderá conceder perdão judicial ou substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 4º, caput, da Lei n. 12.850/2013).

16. Se é possível extinguir a punibilidade dos crimes praticados pelo colaborador (perdão judicial) ou isentá-lo de prisão (substituição da pena), com mais razão seria possível aplicar-lhe pena privativa de liberdade com regime de cumprimento mais benéfico.

17. Não há invalidade, em abstrato, na fixação de sanções penais atípicas, desde que não haja violação da Constituição da República ou do ordenamento jurídico, bem como da moral e da ordem pública. Da mesma forma, em respeito às garantias fundamentais individuais, a sanção premial não pode agravar a situação jurídica do colaborador, com a fixação de penas mais severas do que aquelas previstas abstratamente pelo legislador.³¹

O voto condutor também afirmou a necessidade de análise dos dispositivos da Lei 12.850/2013 em conjunto com as normas dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e a interpretação a elas dada pelo Supremo Tribunal Federal e exemplificou sanções que seriam inadmissíveis no seu entendimento, como as vexatórias, de caráter perpétuo e o levantamento de sigilo de dados de terceiros.³²

Julgado posterior do STJ reafirmou a possibilidade das sanções premiais atípicas, utilizando como base da argumentação o precedente acima, para possibilitar a execução imediata de pena privativa de liberdade acordada, independentemente de condenação.³³

Trata-se de distorção, ao desconsiderar o que foi efetivamente decidido pela Corte Especial no caso anterior, em que foi destacado que a relativização do princípio da legalidade é permitida apenas *pro reo*, com fundamento na admissão da analogia *in bonam*

31 STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na PET 13974, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, j. 05/10/2022, DJe 28/11/2022.

32 “Além disso, com base em normas de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, notadamente o art. 26.1 da Convenção de Palermo, Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, e o art. 37.2 da Convenção de Mérida, Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, o Tribunal Pleno do STF já estabeleceu que o acordo pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como destino de bens adquiridos pelo agente colaborador com o produto da infração, benefício também não previsto expressamente na legislação de regência, tal como dito pelo Ministro Dias Toffoli no HC 127.483 [...] Portanto, entendo que não há invalidade em abstrato na fixação de sanções penais atípicas, desde que não haja violação à Constituição da República, tal como pena de caráter perpétuo, ou ao ordenamento jurídico, tal como obrigação de levantamento de sigilo de dados de terceiros, bem como à moral e à ordem pública, tal como as penas vexatórias”. STJ. **Corte Especial - STJ - 05/10/2022**. YouTube, 5 out. 2022. 02h09m08s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-6VPHQZ4HoJI>>. Acesso em 14 out. 2025.

33 “3. Dentre as sanções premiais atípicas admitidas pelo ordenamento jurídico figura o pronto cumprimento, após a necessária homologação judicial do acordo de colaboração premiada, da restrição da liberdade nos benéficos termos pactuados, em regime diferenciado, de natureza domiciliar, independentemente do quantitativo da pena previsto para o crime no qual envolvido o colaborador, e com abrandamento das restrições em intervalos de tempo mais vantajosos do que aqueles previstos na Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

4. A privação de liberdade oriunda do acordo de colaboração premiada não equivale à prisão-pena, esta sim fruto da jurisdição, corporificada em édito condenatório transitado em julgado. A sanção atípica oriunda da livre negociação das partes, na realidade, prescinde da formação jurisdicional da culpa, tanto que o eventual descumprimento dos termos do regime não acarreta o retorno (ou o início) coercitivo à prisão, mas sim apenas a rescisão do acordo, com o oferecimento da denúncia, quando dispensada, e a perda dos benefícios outrora assegurados”. STJ, Agravo Regimental na PET 12673, Corte Especial, Rel. Min. Raul Araújo, j. 23/11/2023, DJe 12/03/2024.

partem, e nunca para viabilizar condições mais gravosas que as abstratamente previstas no ordenamento jurídico. O julgado do STJ foi impugnado por *Habeas Corpus*, no qual o STF reafirmou sua jurisprudência e decidiu pela impossibilidade do início do cumprimento com a homologação do acordo, pois este “não constitui, por si só, título executivo hábil para a imposição de pena privativa de liberdade, cujo cumprimento somente é legítimo depois do juízo definitivo de culpabilidade, formalizado em título judicial condenatório transitado em julgado”.³⁴

Questão relacionada também em discussão no STF diz respeito à possibilidade da imediata execução das consequências patrimoniais dos acordos. Em relação à sanção de multa pactuada, entendeu a Segunda Turma do STF pela impossibilidade, na linha do que decidiu acerca da antecipação da pena privativa de liberdade.³⁵ Quanto à imediata destinação dos valores estipulados no negócio jurídico processual a título de perdimento, o tema aguarda o julgamento conjunto de seis procedimentos de caráter sigiloso, em razão de pedido de vista da ministra Cármen Lúcia. Dentre os que votaram (em sessões virtuais e presenciais), “quatro ministros consideram que a homologação de cláusula dos acordos de colaboração premiada com essa previsão basta para que seja decretado o perdimento, e três entendem que isso só pode ocorrer após a condenação final”.³⁶

4. DIREITO INTERTEMPORAL: IRRETROATIVIDADE DO ART. 4º, § 7º, II, DA LEI 12.850/2013, INSERIDO PELA LEI 13.964/2019

Caso seja adotada interpretação diversa daquela da Corte Especial do STJ ao art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/2013, inserido pela Lei 13.964/2019, deve ser considerado que se trata de novo regime jurídico do direito penal negocial, que extingue formas de sancionamento amplamente estabelecidas e reconhecidas como válidas pela jurisprudência, conforme exposto anteriormente, não sendo possível, portanto, afirmar que se limitou o legislador a reconhecer uma proibição já existente no ordenamento jurídico.

O acordo de colaboração premiada ostenta natureza dúplice, penal e processual penal³⁷, e a mencionada mudança legal, em específico, possui natureza eminentemente penal (material), ao afastar direitos até então admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, ainda

34 STF, Agravo Regimental no HC 240971, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/10/2024, DJe 11/11/2024.

35 STF, Agravo Regimental na PET 5952, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 23/08/2024 a 30/08/2024, DJe 04/11/2024.

36 STF. **Pedido de vista suspende julgamento sobre perda de bens de colaboradores da Lava Jato**. 2025. Disponível em: <<https://noticias.stf.jus.br/posts/noticias/pedido-de-vista-suspende-julgamento-sobre-perda-de-bens-de-colaboradores-da-lava-jato/>>. Acesso em 15 out. 2025.

37 “Os enfoques processual e material da colaboração premiada não são excludentes, e sim complementares, o que reforça a natureza híbrida do dispositivo. Eduardo Araújo da Silva igualmente advoga-lhe o caráter misto, salientando que o acordo, em si, rege-se por normas processuais, mas a repercussão é inteiramente material. Excepciona, todavia, a colaboração, enquanto causa para o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13), hipótese em que teria natureza apenas adjetiva. Discordamos da ressalva, pois, à medida em que a cooperação deságua no não oferecimento da denúncia, preservam-se o estado de inocência e a liberdade do delator, produzindo efeitos também materiais. A natureza da delação premiada, em verdade, é processual material – forma e conteúdo processuais, mas com efeitos materiais”. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 120.

que com divergências, como a possibilidade de estabelecimento de (I) regime inicial; (II) *quantum* de pena para progressão; e (III) regimes diferenciados de cumprimento.

Assim, deve ser reconhecida a irretroatividade do dispositivo em questão (*rectius*: a interpretação a ele dada) em relação a fatos ocorridos antes de sua vigência, em 23 de janeiro de 2020, em que deve ser mantido o regime jurídico negocial anterior, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição da República, e dos arts. 1º e 2º do Código Penal.³⁸

5. A CONDENAÇÃO DO COLABORADOR NA AÇÃO PENAL DA TENTATIVA DE GOLPE DE ESTADO (AP 2668/STF)

O caso do colaborador Mauro Cesar Barbosa Cid pode ser considerado também de grande relevância para o tema do estudo. Para além da importância do julgamento da tentativa de golpe de Estado³⁹ envolvendo ex-presidente da República e membros da cúpula militar, feito inédito na história do país, o STF ainda não sedimentou posição sobre a questão das sanções premiais atípicas após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, como fez sob o regime jurídico anterior, tratando-se de precedente que pode apontar para o entendimento que será adotado em casos futuros.

A negociação do acordo de colaboração premiada de Mauro Cesar Barbosa Cid se iniciou em 25 de agosto de 2023, quando teria comparecido espontaneamente à Diretoria de Inteligência Policial, localizada na sede da Polícia Federal do Distrito Federal, acompanhado de seus advogados, e manifestado interesse em colaborar com as investigações do INQ 4847/STF, relativo às “Milícias Digitais”, apresentando informações sobre “a) ataques virtuais a opositores; b) ataques às instituições (STF, TSE), ao sistema eletrônico de votação e à higidez do processo eleitoral; c) tentativa de Golpe de Estado e de Abolição violenta do Estado Democrático de Direito”⁴⁰, além de d) ataques às medidas sanitárias, incluindo as vacinas, no contexto da pandemia de Covid-19 e de e) utilização da estrutura estatal para obter vantagens indevidas (uso de cartões corporativos, falsificações de cartões de vacina e desvio de joias entregues por líderes estrangeiros).

38 No mesmo sentido: BOITINI, Pierpaolo Cruz; ARAS, Vladimir. Reflexões sobre a homologação do acordo de colaboração premiada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. v. 7. Brasília: MPF, 2020. p. 229; BREDA, Juliano. O cálculo da pena em colaboração premiada. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Coleção 80 anos do Código Penal**. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 316.

39 Os cinco delitos imputados e pelos quais foram todos condenados, com a exceção do réu Alexandre Ragem Rodrigues, que não respondeu pelos dois últimos, ocorridos após sua diplomação como Deputado Federal, em razão da suspensão determinada pelo Congresso Nacional, com base no art. 53, § 3º, da Constituição, foram: “organização criminosa armada (art. 2º, caput, §§2º e 4º, II, da Lei n. 12.850/2013), abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 359-L do CP), golpe de Estado (art. 359-M do CP), dano qualificado pela violência e grave ameaça, contra o patrimônio da União, e com considerável prejuízo para a vítima (art. 163, parágrafo único, I, III e IV, do CP), e deterioração de patrimônio tombado (art. 62, I, da Lei n. 9.605/1998), observadas as regras de concurso de pessoas (art. 29, caput, do CP) e concurso material (art. 69, caput, do CP)”. STF, AP 2668, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, alegações finais da PGR, p. 2, datadas de 14/07/2025.

40 STF, PET 11767, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, pedido da PF de homologação de acordo de colaboração premiada, p. 2, datado de 01/09/2023.

Após a assinatura do acordo de colaboração premiada entre a Polícia Federal e Mauro Cesar Barbosa Cid, em 28 de agosto de 2023, foram coletados diversos depoimentos sobre os temas referidos, com gravação audiovisual.⁴¹

O “Termo de Acordo de Colaboração Premiada nº 3490843/2023” é heterodoxo na medida em que prevê sanções premiais típicas, extraídas diretamente da Lei 12.850/2013, enunciadas como “Proposta da Polícia Federal”, e atípicas, apresentadas como “Benefícios Pleiteados pelo Colaborador”⁴²:

PARTE III - DA PROPOSTA DA POLÍCIA FEDERAL

Cláusula 5ª. Considerando a suficiência, a relevância e o ineditismo dos elementos de prova fornecidos, bem como o empenho demonstrado em revelar os meandros e a estruturação hierárquica da organização criminosa, inclusive com risco à própria vida, a repercussão social dos fatos trazidos a lume por sua iniciativa, sua utilidade no atual e futuro ressarcimento ao erário dos danos financeiros provocados pelos atos criminosos, evitando-se, ainda, eventuais infrações futuras decorrentes da atividade da organização criminosa, o COLABORADOR poderá se beneficiar das seguintes premiações legais, com representação da Polícia Federal ao juízo competente:

I - a fim de que seja reconhecido, na homologação deste acordo de colaboração premiada, o benefício do perdão judicial, na forma do § 2º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013;

II - a fim de que seja garantida ao colaborador, na homologação deste acordo de colaboração premiada, a imposição de pena restritiva de direitos em substituição à eventual pena privativa de liberdade, na forma do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013;

III - a fim de que seja garantida ao colaborador, na homologação deste acordo de colaboração premiada, a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade eventualmente imposta, na forma do caput do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013;

Parágrafo 1º. O benefício a que se refere este acordo de colaboração premiada depende de homologação judicial de validação dos efeitos do benefício ora propugnado.

Parágrafo 2º. A POLÍCIA FEDERAL poderá pleitear em favor do COLABORADOR os benefícios ora acordados sem prejuízo dos direitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.850, de 2013. [...]

Cláusula 10. Qualquer mudança de endereço será excepcional e previamente autorizada pelo juízo competente (homologatório ou de execução, a depender do momento do ato processual).

PARTE IV - DOS BENEFÍCIOS PLEITEADOS PELO COLABORADOR:

I - Perdão Judicial ou pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos;

II - Restituição de bens e valores pertencentes ao COLABORADOR apreendidos;

III - Extensão dos benefícios para pai, esposa e filha maior do COLABORADOR, no que for compatível;

41 STF, PET 11767, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, pedido da PF de homologação de acordo de colaboração premiada, p. 3-4, datado de 01/09/2023.

42 Com a exceção do perdão judicial, que é sanção premial típica e consta no acordo nos dois momentos.

IV - Ação da Polícia Federal visando garantir a segurança do COLABORADOR e seus familiares, bem como medidas visando garantir o sigilo dos atos de colaboração.⁴³

Instaurado procedimento específico no STF, foi aberta vista à Procuradoria-Geral da República, que requereu a não homologação e o arquivamento, sob o fundamento principal de que as negociações deveriam ser conduzidas pelo Ministério Público e não pela Polícia Federal.⁴⁴ No mesmo dia, 6 de setembro de 2023, foi realizada audiência conduzida pelo juiz auxiliar do gabinete do ministro relator, em que aferiu “a voluntariedade e regularidade formal do acordo de colaboração”.⁴⁵ Apesar da manifestação da PGR, o acordo foi homologado pelo ministro relator Alexandre de Moraes em decisão de 9 de setembro de 2023, que reconheceu “a regularidade, legalidade, adequação dos benefícios pactuados e dos resultados da colaboração à exigência legal, bem como a voluntariedade da manifestação da vontade”.⁴⁶

No âmbito da AP 2668, a Procuradoria-Geral da República reconheceu, em alegações finais, que “De modo geral, a postura colaborativa de Mauro César Barbosa Cid foi útil ao esclarecimento global dos fatos” e que, apesar de a Polícia Federal ter descoberto “espontaneamente a maior parte dos fatos narrados na denúncia, a colaboração contribui para trazer maior densidade aos eventos, ao reconstruir a dinâmica interna da organização criminosa e acrescentar pormenores aos fatos descobertos”.⁴⁷ Contudo, também apontou que haveria indícios de omissões do colaborador em relação a fatos relevantes e “condutas possivelmente incompatíveis com o dever de boa-fé objetiva”⁴⁸, dentre as quais a gravação de áudio, divulgado pela Revista Veja em 21 de março de 2024, em que teria atacado o ministro relator e a Polícia Federal, e o uso da rede Instagram para ter contato com defensor de corréu, fato ainda em apuração. Para o Procurador-Geral da República, Paulo Gonet Branco, tais circunstâncias não infirmariam a voluntariedade ou a legalidade do acordo, apenas acentuariam “o caráter ambíguo da conduta do colaborador, que, por vias paralelas, buscava auferir benefícios premiais e restabelecer canais de interlocução com os demais corréus”.⁴⁹

Em consequência, de acordo com as alegações finais da acusação, seria necessária uma “criteriosa ponderação quanto à concessão das benesses previstas em lei”, sendo pleiteado que os benefícios fossem concedidos pelos julgadores com base na proporcionalidade. Não seria o caso, portanto, da negação total dos benefícios, tendo em vista a eficácia

43 STF, PET 11767, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, termo de acordo de colaboração premiada, p. 2-3, datado de 28/08/2023.

44 STF, PET 11767, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, manifestação da PGR assinada pelo Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, datada de 06/09/2023.

45 STF, PET 11767, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, termo de assentada da audiência, p. 2, realizada em 06/09/2023.

46 STF, PET 11767, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, p. 13, j. 09/09/2023.

47 STF, AP 2668, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, alegações finais da PGR, p. 506-507, datadas de 14/07/2025.

48 STF, AP 2668, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, alegações finais da PGR, p. 508, datadas de 14/07/2025.

49 STF, AP 2668, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, alegações finais da PGR, p. 513, datadas de 14/07/2025.

da colaboração, nem, tampouco, da concessão em grau máximo, diante das omissões e das demonstrações de ausência de boa-fé, com o afastamento do perdão judicial, da conversão direta da pena em restritiva de direitos e da fração máxima de diminuição da pena de dois terços, pois “esses benefícios exigem colaboração efetiva, integral e pautada pela boa-fé, requisitos não plenamente evidenciados”. A sanção premial intermediária sugerida foi a aplicação de redução da pena na fração de um terço.⁵⁰

Observa-se, ainda, que a peça acusatória não manifestou acerca das sanções premiais atípicas, indicadas no acordo como “Benefícios Pleiteados pelo Colaborador”, não sendo possível extrair da argumentação se o fez por entender que o colaborador não fazia jus aos prêmios em grau máximo ou por interpretação legal de que não seriam cabíveis sequer em tese.

Já nas alegações finais de Mauro César Barbosa Cid consta pedido de que, caso não fosse absolvido, fosse concedido o benefício do perdão judicial (previsto, como possibilidade, em lei e no acordo) ou, alternativamente, não fosse “imposta uma pena superior a dois anos”⁵¹, sanção premial atípica (“pena-teto”) prevista, como possibilidade, na Cláusula 10, I, do acordo.

Ao condenar Mauro César Barbosa Cid, a Primeira Turma do STF, por unanimidade, validou seu acordo de colaboração premiada e aplicou diretamente a pena privativa de liberdade de dois anos de reclusão, nele prevista, em regime aberto:

[...] a Primeira Turma, por maioria, julgou procedente a Ação Penal 2.668 [...] O Colegiado, por maioria, com ressalvas do Ministro Luiz Fux, que mesmo oportunizado, votou apenas quanto à dosimetria dos réus Mauro Cesar Barbosa Cid e Walter Souza Braga Netto, quanto ao crime do art. 359-L. [...] E no mérito, para: CONDENAR o réu Mauro Cesar Barbosa Cid, por unanimidade, quanto ao crime do art. 359-L e, por maioria, vencido o Ministro Luiz Fux, quanto aos crimes dos art. 359-M; art. 163, parágrafo único, I, III e IV, todos do Código Penal; art. 2º, caput, §§ 2º e 4º, II, da Lei n. 12.850/2013 e art. 62, I, da Lei n. 9.605/1998, na forma do art. 29, caput, e do artigo 69, caput, ambos igualmente do Código Penal. Tendo em vista o disposto no art. 4º, da Lei n. 12.850/2013, bem como a colaboração premiada firmada pelo denunciado, cujos termos a Primeira Turma deste STF, por unanimidade, validou, reputou-se razoável a aplicação da pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão, nos termos delimitados pela avença pactuada. Aplicado o regime inicial aberto para início de cumprimento da pena do ora condenado, na forma do art. 33, do CP. Foi ainda determinada: a restituição de bens apreendidos do réu; a extensão dos benefícios aos familiares e a realização de ações necessárias da Polícia Federal para manter a segurança do réu e dos seus familiares.⁵²

Também seriam benefícios atípicos reconhecidos na decisão “a restituição de bens apreendidos do réu” e “a extensão dos benefícios aos familiares”, mas não a reali-

50 STF, AP 2668, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, alegações finais da PGR, p. 513-514, datadas de 14/07/2025.

51 STF, AP 2668, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, alegações finais de Mauro César Barbosa Cid, p. 76, datadas de 29/07/2025.

52 STF, AP 2668, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, ata de julgamento, disponibilizada em 11/09/2025.

zação de ações para a segurança do acusado e de sua família, prevista no art. 6º, V, da Lei 12.850/2013.

Por fim, outro ponto da aplicação da pena ao colaborador que merece ser analisado diz respeito ao fato de que a pena privativa de liberdade de dois anos foi aplicada diretamente, sem a realização de dosimetria da pena com o método trifásico e posterior substituição pelo que foi pactuado, técnica que se estabeleceu como padrão desde as condenações dos primeiros colaboradores na Operação Lava Jato.⁵³

Também o § 7º-A do art. 4º da Lei 12.850/2013, inserido pela Lei 13.964/2019⁵⁴, aponta para a necessidade da realização prévia da dosimetria nos moldes tradicionais⁵⁵, antes da concessão dos benefícios acordados, tema que deve voltar a ser enfrentado pela jurisprudência dos tribunais superiores, assim como a possibilidade das sanções premiais atípicas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da pena ao colaborador na AP 2668, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, conjuntamente com o julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na PET 13974, em outubro de 2022, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, não só evidencia que a Lei 13.964/2019 não pôs fim à discussão sobre a possibilidade das sanções premiais atípicas, como ambas as decisões apontam em sentido contrário à interpretação de que o legislador vedou a sua possibilidade.

Se ainda não é possível afirmar a prevalência de um amplo cabimento das sanções premiais atípicas (embora este seja o entendimento adotado pela Corte Especial do STJ), questão que deve ser enfrentada futuramente pelo STF, ao menos suas modalidades da pena certa ou da “pena-teto” não devem receber resistência, desde que respeitado o regime inicial de cumprimento da pena e não alterados os requisitos para a progressão, conforme possibilitado na condenação do colaborador na AP 2668, por decisão unânime, neste ponto, da Primeira Turma do STF.

53 “Em sentença datada de 08/03/2016, Sérgio F. Moro condenou Alberto Youssef pelos crimes de corrupção de lavagem de dinheiro à pena de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão. Na decisão, o julgador, após mergulhar na análise da autoria e da materialidade delitivas, afirmou a responsabilidade criminal do colaborador e, na sequência, aplicou as penas. No processo de individualização, seguiu o roteiro estabelecido pelos arts. 59 e 68 do Código Penal: [...] Todavia, após realizar toda a complexa operação de dosimetria, o magistrado referiu: ‘essa seria a pena definitiva para Alberto Youssef, não houvesse o acordo de colaboração celebrado com a Procuradoria Geral da República e homologado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal’”. CARVALHO, Salo. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 515-516.

54 “Art. 4º [...] § 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.”

55 “[...] os benefícios apenas incidirão se o pedido condenatório for julgado procedente, não sendo o caso de concessão do perdão judicial, o que os tornaria inócuos. A aplicação das benesses, por outro lado, por impactarem na reprimenda, observará o critério trifásico do art. 68 do CP”. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 337.

Neste cenário, parece pouco provável que o STF caminhe para um entendimento de rechaço às sanções premiais atípicas e, caso não adote perspectiva similar à da Corte Especial do STJ, pode vir a adotar posição intermediária, de que é possível pactuar sanções não previstas expressamente em lei, desde que *pro reo* e que não estejam no rol taxativo dos benefícios vedados, previsto no art. 4º, § 7º, II, na Lei 12.850/2013.⁵⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ARAS, Vladimir. Reflexões sobre a homologação do acordo de colaboração premiada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. v. 7. Brasília: MPF, 2020.
- BREDA, Juliano. O cálculo da pena em colaboração premiada. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Coleção 80 anos do Código Penal**. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, p. 133-171, jul. 2017.
- CARVALHO, Salo. A estrutura lógica e os fundamentos ideológicos do sistema de penas no Projeto de Lei Anticrime. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 3, p. 161-192, set./dez. 2019.
- CARVALHO, Salo. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CONJUR. **STJ valida acordo de colaboração premiada com sanções penais atípicas**. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-out-06/stj-valida-colaboracao-premiada-sancoes-penais-atipicas>>. Acesso em 14 out. 2025.
- MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- STF. **Pedido de vista suspende julgamento sobre perda de bens de colaboradores da Lava Jato**. 2025. Disponível em: <<https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/pedido-de-vista-suspende-julgamento-sobre-perda-de-bens-de-colaboradores-da-lava-jato/>>. Acesso em 15 out. 2025.

56 Cf. BREDA, Juliano. O cálculo da pena em colaboração premiada. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Coleção 80 anos do Código Penal**. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 313.

STJ. **Corte Especial - STJ - 05/10/2022**. YouTube, 5 out. 2022. 02h09m08s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6VPHQZ4HoJI>>. Acesso em 14 out. 2025.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre. Pena e sanção premial. In: WUNDERLICH, Alexandre et al. **Acordo de não persecução penal e colaboração premiada**: após a Lei Anticrime. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022. p. 136-137.

ZILLI, Marcos. O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual: o controle judicial em face dos operadores-legisladores. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). **Colaboração premiada**: perspectiva comparada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

GOVERNAÇÃO PÚBLICA E DADOS DE SAÚDE; PRIVACIDADE E O ACESSO ABERTO: APRESENTAÇÃO DO EEDS EM MODO DE *DIVINA COMÉDIA*

Isabel Celeste Fonseca¹

1. INTRODUÇÃO: DO MEDO DO INFERNO ETERNO

Vivemos, cada vez mais, rodeados de paradoxos e antinomias, repetimos². Integramos a sociedade preditiva³ e somos incapazes de adivinhar o futuro, sendo a incerteza e os riscos fenómenos sempre crescentes, com impacto imprevisível na saúde pública, nas mudanças climáticas, nos comportamentos humanos e no funcionamento das comunidades e dos Estados. Da técnica e dos Algoritmos brotam soluções de forma mágica⁴. Ao mesmo tempo, sentimos o universo das vulnerabilidades humanas a aumentar⁵, do mesmo modo que as categorias dos excluídos também são constantemente alargadas. Abdicamos de milhões de dados, que colocamos em circulação, e receamos perder a privacidade e sobretudo os espaços humanos⁶ e os momentos de decisão empática⁷. Em prol do desenvolvimento e da criação de novos produtos e serviços, defendemos as estratégias públicas assentam na interoperabilidade, nos procedimentos públicos em linha, na criação de catálogos digitais abertos para partilha e reutilização de dados.

1 Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho-Braga, Portugal. Investigadora Principal do Projeto Smart Cities and Law; E.Governance and Rights, desenvolvido no âmbito do JusGov-ED. Doutorada em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desde 2007; Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM), desde 1996. Directora do Mestrado em Direito Administrativo, desde 2011. Investigadora do JusGov, Centro de Investigação em Justiça e Governança da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro do Conselho de redacção das Revistas: Cadernos de Justiça Administrativa, Direito Regional e Local e Questões Atuais de Direito Local.

2 Texto que serviu de base à exposição da autora no *X Congreso Internacional de Transparencia y Gobierno Abierto*, no dia 26 de setembro de 2025, na Universidade Jaume I, Castellón.

3 Assim lhe chamam, HIDEYUKI MATSUMI/DANIEL J. SOLOVE, “The Prediction Society: Algorithms and the Problems of Forecasting the Future”, GW Law Faculty Publications & Other Works, 2023, acessível em [https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/Part of the Law Commons](https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/Part%20of%20the%20Law%20Commons)

4 Como diz de forma introdutória, DANIEL J. SOLOVE, *Artificial Intelligence and Privacy* (Draft: February 1, 2024): “Artificial intelligence (AI) is in the midst of a magical moment. AI is everywhere, and everyone seems to be talking about it. As AI rapidly advances around the world and barges into nearly every facet of life, it raises a host of problems, from intellectual property to employment to safety, among others, including privacy. Further complicating the situation, AI affects privacy in many different ways and raises a multitude of concerns”.

5 Neste sentido, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “Inteligência Artificial e Direito Administrativo”, in *Direito Administrativo e Tecnologia*, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 9-28, p. 10.

6 E como conclui, DANIEL J. SOLOVE, *Artificial Intelligence and Privacy* (Draft: February 1, 2024): “AI affects privacy in many ways, though often in ways that do not create radically new problems as much as remix and amplify existing ones. For privacy, AI’s challenges are far from unexpected; they are steps along a path toward a long-predicted future”. Importa estar atento, como também concluiu: “Substantial reform of privacy law is long overdue. Policymakers are concerned about AI, and a window appears to have opened where new approaches to regulation are being considered. Hopefully, this will present the opportunity to take privacy law in a new direction. To adequately regulate AI’s privacy problems, the longstanding difficulties and wrong approaches of privacy law must be addressed”.

7 Neste sentido, SOFIA RANCHORDÁS, *Empathy in the digital administrative state*, Duke law journal [Vol. 71:1341, 2022, acessível em <https://dlj.law.duke.edu/article/empathy-in-the-digital-administrative-state-ranchordas-vol71-iss6/>

É neste contexto que nos obrigamos — e somos todos obrigados — a pensar, nesta sessão, e a reclamar, em voz alta, cada vez mais alta, a necessidade de fixar, com firmeza, reservas de humanidade, onde a máquina não pode, de modo algum, substituir o humano⁸, mesmo que o humano erre⁹ e o acesso aberto a dados pessoais não pode ser permitido, em razão de mil estratégias de empoderamento europeu ou de ganhos de inovação. É nesta equação que o Direito e a Ciência do Direito Administrativo devem andar e felizmente têm andado^{10/11}: porque o mundo digital é cada vez mais *dantesco* e a governação pública de dados da saúde não pode ser uma *divina comédia*. De todo o modo, o processo de mudança está em marcha¹².

2. DO APARENTE INFERNO DA GOVERNAÇÃO PÚBLICA DIGITAL DE DADOS

A transformação digital acelerada é um facto e o impacto na Governação Pública é evidente. A verdade, contudo, é que com a aceleração da digitalização e com a transformação dos serviços públicos e dos modelos de governação pública, há cada vez mais proximidade digital e afastamento físico e, por isso mesmo, há, cada vez, mais excluídos digitais e mais vulnerabilidade no acesso público a bens e serviços. A centralização de dados também tem “dont’s”, numa análise de custos e ganhos.

As cidades inteligentes são simultaneamente lugares de realização das pessoas e lugares de exclusão de pessoas, especialmente daquelas a quem falta a literacia digital, que assim ficam perdidas em plataformas digitais, procedimentos em linha e na aparente interoperabilidade digital, revelando, estas como verdadeiras armadilhas no acesso aos serviços públicos.

Por um lado, a opacidade dos serviços públicos, que são tanto mais opacos quanto mais digitais e automatizados, preocupam quanto ao distanciamento entre serviço e uten-

8 Para uma interessante visão do digital na vida administrativa e no controlo da função administrativa, numa relação procedimento-processo com impacto digital, vd. GIOVANNI GALLONE (Riserva di Umanità e Funzioni Amministrative Indagine sui Limiti dell’Automazione Decisionale tra Procedimento e Processo, CEDAM, Wolters Kluwer, Milano, 2023).

9 Sobre o tema, vd. DANIEL J. SOLOVE/HIDEYUKI MATSUMI, “AI, algorithms, and awful humans”, *Fordham Law Review*, Volume 92, Issue 5, Article 8, 2024, acessível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr>

10 Assim diz JEAN-BERNARD AUBY in “Prefazione” a GIOVANNI GALLONE, *Riserva di Umanità e Funzioni Amministrative Indagine sui Limiti dell’Automazione Decisionale tra Procedimento e Processo*, CEDAM, Wolters Kluwer, Milano, 2023.

11 Para uma visão conjunta, vd. SOFIA RANCHORDÁS, “The invisible citizen in the digital state: Administrative law meets digital constitutionalism”, in: *European Yearbook of Constitutional Law 2023, Constitutional Law in the Digital Era*, CHARLOTTE VAN OIRSOUW, JURGEN DE POORTER, INGRID LEIJTEN, GERHARD VAN DER SCHYFF, MAARTEN STREMLER, MAARTJE DE VISSER (Editors), The Hague, T.M.C. Asser Press, Chapter2, pp. 15-40, ISBN (Electronic)978-94-6265-647-5, ISBN (Print)978-94-6265-646-8, 13 Dec 2024, acessível em <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/the-invisible-citizen-in-the-digital-state-administrative-law-mee>; M. VAQUER CABALLERÍA, “El humanismo del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista De Administración Pública*, (222), 33–64. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.222>; ANA CLÁUDIA MESSA, *Reflexões éticas da Inteligência Artificial. Inteligência Artificial e Robótica. Desafios para o Direito no século XXI*, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp.65-81, p. 71; JAIME RODRÍGUEZ-ARANÃ, *Nuevas tecnologías y buena Administración Pública. Gobierno Digital e a busca por inovação na Administração Pública*, Belo Horizonte, Ed. Forum, 2022, pp. 32-33.

12 Sobre a proposta do regulamento, vd. TIAGO BRANCO DA COSTA, “O altruísmo (económico?) de dados: breves considerações sobre o espaço europeu de dados de saúde e a proteção de dados pessoais”, In *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, 613-643. UMinho Editora, 2022.

te, que aumenta. Por outro, a centralização de dados, o acesso mais fácil ao dossier clínico do paciente também desassossega.

Farmacêuticas e seguradores procuram desesperadamente dados de saúde e acesso a arquivos e registos hospitalares e a dossiês de utentes.

O acréscimo de conflitos é, por conseguinte, uma igual realidade, pelo que novas formas de proteção e de pacificação devem ser encontradas, sob pena de perda de paz nas comunidades, de transparência administrativas e de cidadania participativa, bem como de aumento de descrédito nas instituições do Estado e na dos serviços públicos.

Ursula von der Leyen, em 2020, dizia que a Europa para crescer precisa de colocar todos os dados ao serviço das empresas e das pessoas, para que se possa promover a produção de novos bens e serviços e para que se possa promover desenvolvimento e crescimento. Dizia que a indústria europeia tem de ter disponível a informação, os dados, sejam dados relativos à mobilidade, saúde, clima, ou sejam geodados. Todos podem ser valiosos, desse ponto de vista. E devem, pois, ser governados de forma centralizada e com possibilidade de reutilização, sendo postos ao serviço de todos.

A governação pública inteligente é, com toda a certeza, mais inteligente, dia após dia, com vista a providenciar a satisfação e a felicidade dos Municípios, traduzida na realização das dimensões do respetivo Direito à cidade e direitos na cidade.

As cidades são cada vez mais sensorizadas e responsivas e as decisões públicas são adotadas a partir dos dados. Pensamos que o tratamento de dados é absolutamente importante para a tomada de decisão em tempo real. E a melhor decisão em tempo real é aquela que assenta em dados instantâneos, recentemente recolhidos. Tudo certo.

Contudo, a recolha de dados, o tratamento de dados, a limpeza de dados é igualmente importante para a tomada de boas decisões a médio e longo prazo. Ordenamento do território, desenho urbano, mobilidade, preservação da natureza, e património, qualquer que seja o planeamento, hoje as decisões só podem ser baseadas em dados limpos, dados de elevada qualidade, que por isso devem ser credíveis, sendo aptos para sustentar boas decisões.

3. DA PASSAGEM DO INFERNO AO PURGATÓRIO

A centralização de dados em plataformas institucionais credíveis é absolutamente importante, no séc. XXI, para legitimar as decisões públicas. E é absolutamente importante para permitir consulta e reutilização e com isso permitir criação de emprego e novos produtos.

Por exemplo, na Europa o caminho percorrido mostra isso: a estratégia de conectividade com mais procedimentos administrativos europeus e dos Estados-Membros em linha, serviços digitalizados que funcionam com interoperabilidade de informação e abertura e reutilização de dados de elevado valor, colocando catálogos de dados dos Estados-Membros em conectividade com os Catálogos Europeus de dados abertos.

O Regulamento Governação de Dados proporciona um quadro normativo disposto a reforçar a confiança na partilha voluntária de dados em benefício das empresas e dos cidadãos.

Bem sabemos, o potencial económico e social dos dados é enorme: pode permitir novos produtos e serviços baseados em novas tecnologias, tornar a produção mais eficiente e fornecer instrumentos para combater os desafios societais. No domínio da saúde, por exemplo, os dados podem contribuir para prestar melhores cuidados de saúde, melhorar os tratamentos personalizados e ajudar a curar doenças raras ou crónicas. É também um poderoso motor de inovação e de novos empregos e um recurso fundamental para as empresas em fase de arranque e as PME.

O Regulamento Governação de Dados é, em suma, um instrumento transetorial que visa regulamentar a reutilização de dados públicos, detidos e protegidos, promovendo a partilha de dados através da regulamentação de novos intermediários de dados e incentivando a partilha de dados para fins altruístas. Tanto os dados pessoais como os não pessoais são abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento Governação de Dados e, sempre que estejam em causa dados pessoais, deve ser aplicado o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD). Para além do RGPD, as salvaguardas integradas devem potenciar a confiança na partilha e a reutilização de dados, sendo esta confiança um pré-requisito para disponibilizar mais dados no mercado.

A Diretiva Dados Abertos regula a reutilização de informações públicas/disponíveis na posse do setor público. No entanto, o setor público também detém grandes quantidades de dados protegidos (por exemplo, dados pessoais e dados comerciais confidenciais) que não podem ser reutilizados como dados abertos, mas que podem ser reutilizados ao abrigo de legislação específica da UE ou nacional, uma vez que possível extrair uma grande quantidade de conhecimentos desses dados sem comprometer a sua natureza protegida, e o Regulamento Governação de Dados prevê regras e salvaguardas para facilitar essa reutilização sempre que tal seja possível.

É claro que o Regulamento traz requisitos técnicos inovadores e reforçados para o setor público. Os Estados-Membros terão de estar tecnicamente equipados para garantir que a privacidade e a confidencialidade dos dados sejam plenamente respeitadas em situações de reutilização. Tal pode incluir uma série de ferramentas, desde soluções técnicas, como a anonimização, a pseudonimização ou o acesso a dados em ambientes de tratamento seguros (por exemplo, salas de dados) supervisionados pelo setor público, até meios contratuais, como acordos de confidencialidade celebrados entre o organismo do setor público e o reutilizador.

Para ajudar os potenciais reutilizadores a encontrar informações pertinentes sobre os dados detidos pelas autoridades públicas, os Estados-Membros serão obrigados a criar um ponto de informação único. A Comissão criou o registo europeu de dados protegidos na posse do setor público (ERPD), um registo pesquisável das informações compiladas

pelos pontos de informação únicos nacionais, a fim de facilitar ainda mais a reutilização de dados no mercado interno e não só.

O Portal Europeu de Dados (data.europa.eu) é a plataforma centralizada para dados abertos na União Europeia e contém metadados sobre conjuntos de dados publicados por órgãos públicos em todos os países membros. É certo que nem todos os dados públicos são considerados “dados abertos”, que são informações disponibilizadas para reutilização gratuita.

Previsto no regulamento Governação de dados, a estratégia europeia para dados pressupõe a criação de um espaço europeu comum de dados. E o Portal Europeu de Dados nasceu, facilitando a descoberta e reutilização de dados públicos, incluindo informações sobre contratação pública, através de metadados e funcionalidades de pesquisa. A plataforma europeia, que tem o endereço <https://data.europa.eu/en/newsletter>, tem já muita informação disponível. Na plataforma destaca-se o tópico estatística; conjuntos de dados de elevado valor; o *European Legal Data Space* e o *Procurement Data Space*¹³.

Alguns dados do setor público são particularmente relevantes para os criadores de aplicações e serviços com valor acrescentado e estão associados a importantes benefícios para a sociedade, o ambiente e a economia. Por isso, devem ser disponibilizados ao público em condições que facilitem a sua reutilização.

Precisamente, foi elaborado um regulamento de execução daquele Regulamento Governação Europeia de Dados pela Comissão Europeia que estabelece uma lista de conjuntos específicos de dados de elevado valor ao abrigo da Diretiva Dados Abertos, que define seis categorias de conjuntos de dados de elevado valor: geoespacial, observação da Terra e do ambiente, meteorológica, estatística, empresas e mobilidade. Estes conjuntos de dados têm de estar disponíveis num formato legível por máquina, através de uma interface de programação de aplicações e, se for caso disso, sob a forma de descarregamento em bloco. Para mais informações sobre a legislação da UE relativa a dados abertos, consultar a página Dados abertos — Construir o futuro digital da Europa (europa.eu) e a secção sobre conjuntos de dados de elevado valor do documento «Documentation of data.europa.eu».

Pois bem, numa altura em que se assinala “2025- European Year of digital citizenship Education”, importa assegurar que a transformação digital do mundo e das cidades não faz deixar ninguém para trás e que a reutilização de dados é efetivamente válida.

Tal como previsto no Regulamento Governação de Dados, a Comissão criou o Comité Europeu da Inovação de Dados (CEID) que tem como objetivo facilitar a partilha de boas práticas, em especial no que diz respeito à intermediação de dados, ao altruísmo de dados e à utilização de dados públicos que não podem ser disponibilizados como dados abertos, bem como à definição de prioridades em matéria de normas de interoperabilidade intersetorial. O EDIB tem poderes para propor orientações para os espaços comuns

13 O Serviço das Publicações da União Europeia é o prestador oficial de serviços editoriais das instituições, órgãos e organismos da UE. Como tal, é o ponto central de acesso ao direito da UE, às publicações, aos dados, aos resultados da investigação, aos anúncios de concurso e a outras informações oficiais. O Serviço das Publicações tem, pois, um papel fundamental na divulgação ao público do trabalho e da importância da UE na vida dos cidadãos, bem como no aproveitamento das potencialidades dos dados.

europeus de dados, por exemplo, sobre a proteção adequada das transferências de dados para fora da União.

4. DA PASSAGEM DO PURGATÓRIO AO PARAÍSO

O principal Regulamento de dados de saúde é o Regulamento Espaço Europeu de Dados de Saúde (EEDS)¹⁴, procurando dar aos cidadãos da UE mais controlo sobre os seus dados de saúde, facilitar o acesso a registos médicos eletrónicos transfronteiriços e permitir a reutilização segura de dados para investigação, inovação e saúde pública.

A aplicação do EEDS será feita por fases, procurando alcançar quatro grandes metas: i) o acesso e controlo dos cidadãos, uma vez que estes os cidadãos da UE terão um acesso mais fácil aos seus dados de saúde eletrónicos e maior controlo sobre a forma como esses dados são usados, onde quer que estejam na EU, ii) a interoperabilidade e acesso transfronteiriço, já que o EEDS criará um ecossistema digital seguro para a partilha e acesso a dados de saúde entre os Estados-Membros, melhorando a prestação de cuidados; iii) a reutilização de dados para fins secundários, visto que os dados de saúde, anonimizados e governados de forma segura, podem ser reutilizados para investigação, desenvolvimento de novos tratamentos e melhoria da saúde pública; iv) a segurança e proteção de dados, porque o Regulamento reforça a segurança dos dados, garantindo que são utilizados para fins autorizados, com acesso restrito e em ambientes seguros, em conjunto com o RGPD.

Em resumo, o EEDS é um marco importante para a transformação digital dos cuidados de saúde na Europa, procurando uma infraestrutura de dados de saúde mais integrada, resiliente e segura. Ao melhorar o acesso e o controlo sobre os dados de saúde eletrónicos, a prestação de cuidados de saúde é otimizada e a partilha de dados para fins de investigação e saúde pública é facilitada, garantindo ao mesmo tempo a proteção de dados e a interoperabilidade entre os Estados-Membros.

O regulamento EEDS introduz requisitos a utilização primária e secundária de dados de saúde. No que diz respeito à utilização primária, estabelece um quadro jurídico uniforme para a utilização de sistemas de registos eletrónicos de saúde em toda a União Europeia (“UE”). Este quadro facilita o acesso a dados de saúde eletrónicos em diferentes países da UE, o que é particularmente importante em situações de emergência médica, onde o acesso rápido a informações precisas pode ser crucial. Esta interoperabilidade contribui para uma melhor continuidade dos cuidados, permitindo que os profissionais de saúde tenham uma visão completa do historial médico do paciente, independentemente de onde o tratamento foi inicialmente prestado.

A principal novidade do regulamento EEDS reside na regulamentação da utilização secundária de dados de saúde para promover a investigação em saúde, a inovação, a formulação de políticas e atividades regulatórias. O acesso a grandes volumes de dados de

14 A 11 de fevereiro de 2025, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram o Regulamento (UE) 2025/327, que estabelece o Espaço Europeu de Dados de Saúde (“EEDS”). Este regulamento, que entrou em vigor a 25 de março de 2025, altera a Diretiva 2011/24/UE e o Regulamento (UE) 2024/2847 e promete revolucionar o acesso e a partilha de dados de saúde em toda a Europa.

saúde em formato anonimizado ou pseudonimizado pode acelerar a descoberta de novas terapias e melhorar a eficácia dos diagnósticos e tratamentos existentes. Para aceder a estes dados, investigadores, empresas ou instituições devem obter permissão do organismo responsável pelo acesso aos dados de saúde. O acesso só será concedido se os dados solicitados forem utilizados para fins específicos, em ambientes seguros e fechados, e sem revelar a identidade dos indivíduos¹⁵.

É importante notar que a utilização secundária de dados não será permitida para fins comerciais, incluindo para publicidade, avaliações de candidaturas de seguros, condições de empréstimos ou até mesmo decisões de emprego, entre outros.

São muitos os desafios de implementação do regulamento. Apesar dos seus inúmeros benefícios, o regulamento EEDS enfrenta desafios práticos significativos. A sua implementação deve ser faseada uma vez que implica investimentos substanciais, necessários, em infraestruturas tecnológicas e na formação de profissionais de saúde e investigadores.

Além disso, a harmonização de normas e a garantia de interoperabilidade entre os diferentes sistemas de saúde nacionais podem ser complexas, exigindo uma estreita coordenação entre as autoridades de saúde dos Estados-Membros. Por estas razões, apesar de o regulamento EEDS ter entrado em vigor a 25 de março de 2025, a sua implementação será executada de forma faseada ao longo de várias etapas, entre 2027 e 2034.

A implementação faseada do Regulamento do Espaço Europeu de Dados de Saúde (REEDS) é um processo que ocorre entre 2027 e 2034, com o objetivo de construir um ambiente seguro e interoperável para dados de saúde. As fases principais envolvem investimentos em infraestruturas tecnológicas, formação de profissionais, harmonização de normas nacionais e garantia de interoperabilidade, exigindo coordenação entre os Estados-Membros para alcançar os objetivos do regulamento.

Entre 2027 e 2034, a implementação do regulamento é executada de forma faseada, prevendo-se várias etapas.

O EEDS irá capacitar as pessoas para acederem aos seus dados de saúde e para os controlarem e partilharem além fronteiras com vista à prestação de cuidados de saúde (utilização primária de dados)¹⁶; permitir a reutilização segura e fiável de dados de saúde para

15 Além disso, o regulamento EEDS introduz a plataforma *HealthData@EU*, concebida para facilitar a troca transfronteiriça de dados de saúde eletrónicos para utilização secundária. Esta infraestrutura visa acelerar a utilização secundária de dados de saúde, aumentando a segurança jurídica e respeitando a privacidade dos cidadãos. Para abordar a sensibilidade dos dados de saúde eletrónicos, o regulamento EEDS fornece salvaguardas robustas para garantir um elevado nível de proteção de dados, segurança, confidencialidade e uma utilização ética. Nesse sentido, o regulamento EEDS é essencial para assegurar a proteção dos dados pessoais dos pacientes e o cumprimento dos requisitos estabelecidos no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (o “RGPD”), uma vez que a harmonização dos padrões de proteção de dados nos Estados-Membros proporciona uma base de confiança para que pacientes e profissionais de saúde partilhem informações de forma segura e para que entidades interessadas utilizem os dados para fins secundários de maneira apropriada e ponderada.

16 Quando um prestador de cuidados de saúde recolhe dados em primeira mão sobre um doente para lhe prestar cuidados, trata-se de uma utilização «primária» dos dados de saúde. Por «utilização primária de dados» entende-se a utilização de dados de saúde eletrónicos para: i) tratar ou reabilitar doentes; ii) prescrever ou dispensar medicamentos; iii) prestar serviços conexos a nível social, administrativo ou de reembolso. Em contrapartida, a utilização «secundária» refere-se à reutilização de dados existentes recolhidos durante a utilização primária para fins de investigação científica, interesse público e apoio às políticas. No que respeita aos benefícios da utilização primária de dados, quanto aos doentes, identifica-se os seguintes; acesso livre e imediato aos seus dados de saúde digitais; fácil partilha de dados com profissionais de saúde, inclusive fora do seu país de origem; continuidade dos cuidados de saúde ou pedido de uma segunda opinião noutro país da EU; possibilidade de acrescentar

atividades de investigação, inovação, elaboração de políticas e regulamentação (utilização secundária de dados)¹⁷; promover um mercado único para os sistemas de registos de saúde eletrónicos (RSE), apoiando a utilização primária e secundária.

Deste modo, o EEDS permitirá à UE beneficiar do pleno potencial proporcionado pelo intercâmbio e pela utilização e reutilização seguros de dados de saúde em benefício dos doentes, profissionais de saúde, investigadores, reguladores e inovadores.

Em conclusão, o regulamento EEDS tem o potencial de transformar a forma como os dados de saúde são acedidos, geridos e utilizados na União Europeia, assim como a criação de um espaço de dados de saúde seguro e interoperável que pode trazer benefícios substanciais para os cuidados de saúde, investigação e inovação.

A implementação do Espaço Europeu de Dados de Saúde representa um marco significativo para a digitalização da saúde na Europa, permitindo um acesso mais eficiente e seguro aos dados clínicos, reforçando a investigação e a inovação no setor, bem como garantindo a continuidade dos cuidados prestados aos cidadãos europeus.

5. O PARAÍSO, PELA MÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO?

É aqui que o problema se coloca: se é verdade que as novas políticas europeias e nacionais de governação de dados da saúde plos organismos públicos assenta em normas, políticas e práticas que procuram regular de forma ética, segura e eficiente os dados, visando a melhoria do serviço público, uma vez que são inúmeros os benefícios decorrentes do EEDS, quer do ponto de vista dos utentes, quer dos serviços, a verdade é que a vulnerabi-

dados, restringir o acesso, ver quem acedeu aos dados, solicitar a retificação de erros; métodos facilitados para dar acesso a membros da família em caso de necessidade (pessoas a cargo, incluindo menores); dependendo das regras de cada país da UE, as pessoas podem optar por ser excluídas dos intercâmbios de dados recorrendo às ferramentas do Espaço Europeu de Dados de Saúde (EEDS). Quanto ao benefícios para os Profissionais de saúde, evidencia-se: o acesso mais fácil e rápido aos dados dos seus doentes, incluindo quando provém de outro país da União; melhor e mais rápida prestação de cuidados de saúde a doentes provenientes de outros países da EU; um formato europeu de intercâmbio de registos de saúde eletrónicos facilitará a partilha de dados entre sistemas, aumentando a interoperabilidade.

17 Quando os dados de saúde são reutilizados para fins de investigação, inovação, saúde pública, elaboração de políticas e medicina personalizada, a legislação europeia designa isto por utilização «secundária». Esses dados são analisados para identificar tendências, desenvolver novos tratamentos e melhorar os serviços de saúde. Podem ser novamente utilizados por investigadores, empresas, organizações de saúde pública ou prestadores de cuidados de saúde, em conformidade com o Regulamento relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde (EEDS). No que concerne aos benefícios da utilização secundária de dados de saúde, importa destacar melhores resultados em matéria de cuidados de saúde, como por exemplo: i) ajuda a identificar boas práticas, ii) melhora os cuidados aos doentes e desenvolver novos tratamentos e avanços na investigação médica; iii) apoia as descobertas científicas e uma compreensão mais profunda das doenças políticas de saúde pública mais fortes; iv) ajuda a monitorizar os surtos de doenças, avaliar os fatores de risco e fundamentar a tomada de decisões; v) maior transparência e responsabilização; vi) melhora a avaliação dos serviços de saúde e promove uma utilização responsável dos dados. Para os investigadores, os benefícios integram, os seguintes: i) o acesso fácil e rápido a uma vasta gama de dados de saúde; ii) o conhecimento dos dados de saúde disponíveis, da sua qualidade e de onde os encontrar; iii) a melhoria da investigação sobre doenças raras, como os cancros raros. Quanto aos benefícios para a indústria, importa salientar: i) o acesso mais fácil a dados de saúde anonimizados e pseudonimizados para fins de investigação e inovação; ii) o impulso à economia dos dados de saúde, promovendo novas soluções no domínio dos cuidados de saúde e inovações baseadas na IA. Quanto aos benefícios para as entidades reguladoras e os decisores políticos, evidencia-se a facilidade de localização e de acesso aos dados para fins de saúde pública, a segurança dos doentes e funcionamento geral dos sistemas de saúde; a elaboração de políticas mais sólidas com base em dados concretos, assegurando uma regulamentação bem fundamentada. Para os doentes, os benefícios são: i) melhores tratamentos e progressos médicos a longo prazo; ii) transparência na utilização dos dados, uma vez que os cidadãos poderão ver quem acedeu ou utilizou os seus dados de saúde e para que finalidade.

lidade de dados pessoais e a intimidade do cidadão pode ficar mais aberta e refém da técnica e da estratégia de governação. Transformar dados ativos estratégicos para a formulação de novas políticas de saúde, baseadas em evidências e informação pessoal pode ser arriscado; procurar reduzir as necessidades dos cidadãos de forma mais imediata e socorrer em tempo real, por exemplo, ou a propagação de epidemias e contágios; ou a minimização de doenças crónicas e a prevenção de patologias genéticas, tudo isto é legítimo e válida a governação pública de dados abertos, mas o risco de perda de privacidade é gigantesca.

O processo está em marcha. E, por conseguinte, no que diz respeito à utilização de dados de saúde para a prestação de cuidados de saúde (utilização primária)¹⁸, alguns países da UE alcançaram elevados níveis de digitalização e interoperabilidade dentro das suas fronteiras, ao passo que outros ainda estão a tomar as medidas necessárias. Atualmente, estão a ser progressivamente introduzidos em toda a UE dois importantes serviços de saúde eletrónicos transfronteiriços: i) Receitas eletrónicas (dispensas eletrónicas) e ii) Resumos de saúde. Estes poderão ser preciosos. Quando um cidadão da UE se encontra noutro país da UE e necessita de tratamento médico, os profissionais de saúde podem aceder ao seu resumo de saúde, que contém informações médicas vitais, como alergias, medicação atual e historial clínico. Os resumos de saúde ajudam os médicos a desenvolver um tratamento adequado, evitar alguns riscos (por exemplo, alergias) e superar barreiras linguísticas serão, em última análise, substituídos pelo Registo de Saúde Europeu, que conterà dados de saúde mais exaustivos.

Neste contexto de processo em construção, importa, em suma, lembrar que no âmbito do EEDS, as pessoas serão titulares de direitos e por isso poderão: i) aceder aos dados de saúde; ii) descarregar uma cópia dos dados; iii) visualizar os registos de acesso; iv) impor restrições de acesso, v) usar o direito de oposição à partilha de dados (se o país da UE o permitir); vi) inserir informações no registo de saúde eletrónico; vii) nomear uma pessoa autorizada para aceder aos dados; vii) solicitar uma retificação.

E importa continuar com a regulação jurídica (e não apenas ética) das práticas de captação de dados e de partilha de dados com os operadores privados; a supervisão e monitorização dessas práticas; o sancionamento de uso ilícito de dados pessoais e especialmente os sensíveis como são os da saúde. De resto, a Ciência do Direito tem um papel fundamental nesta passagem dantesca, orientando, como Beatriz, para o salvamento de das almas, pois, afinal, o que são os dados sensíveis das pessoas, senão as suas almas.

18 As obrigações acima descritas serão aplicáveis quatro anos após a entrada em vigor do Regulamento EEDS, ou seja, em 26 de março de 2029. Todavia, o atual sistema voluntário «A minha saúde @ UE» pode antecipar alguns destes benefícios para as pessoas singulares dos Estados-Membros participantes neste sistema. Os cidadãos podem aceder facilmente a estes serviços utilizando a plataforma «A minha saúde @ UE», que era anteriormente a infraestrutura de serviços digitais de saúde em linha (eHDSI). Esta infraestrutura liga os sistemas nacionais de saúde em linha em todos os Estados-Membros da UE e permite o intercâmbio transfronteiriço de dados de saúde, incluindo receitas eletrónicas e resumos de saúde. A Comissão Europeia disponibiliza uma infraestrutura unificada de tecnologias da informação e comunicação (TIC) e serviços transversais que proporcionam terminologia, configuração e interoperabilidade. Os países da UE podem basear-se nestes serviços centrais para a criação de pontos de contacto nacionais para a saúde em linha (NCPeH) ligados à rede mais vasta da UE. Os pontos de contacto nacionais para a saúde em linha funcionam como um portal organizacional e técnico e permitem o intercâmbio de dados de saúde eletrónicos entre países.

NOTAS AFRODIASPÓRICAS PARA UM ENSINO JURÍDICO ANTIRRACISTA

Luciano Góes¹

*“Olhos de Xangô
Olhos que me olham com ardor
Olhos que se sabem sabedor
Do bem do mal e do mal do bem...”.*

(Olhos de Xangô - Laçço Matumbi e Jorge Portugal)

INTRODUÇÃO

A proposta inicial do presente artigo é problematizar a formação jurídica das pessoas que integram nosso “sistema de justiça”, pois, ao nos atentarmos para quem (é) julga(do), temos uma visão muito clara de como nossa justiça se constitui, em quais bases e objetivos ela funciona, questionando, ao fim: que justiça estamos sustentando e defendendo?

Segundo o 2º Censo do Poder Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nossa magistratura é predominantemente branca e masculina. Em 2023, os magistrados brancos ocupavam 81,2% dos cargos de juízes titulares; 81,3% dos cargos de juízes substitutos e 88,5% dos desembargadores. Em relação às mulheres brancas, elas eram 82,8% das juízas titulares; 85,1% das juízas substitutas e 87,7% das que ocupam o cargo de desembargadoras.² Nas cortes superiores, nenhuma diferença, mas destaco o contexto vivido enquanto escrevo essas linhas, no qual o presidente da República indicará uma pessoa para ocupar a vaga deixada pelo ministro Luís Roberto Barroso, tendo, novamente, a possibilidade de indicar a primeira ministra negra na história do Supremo Tribunal Federal (STF).

Enquanto isso, nosso sistema penitenciário é a terceira maior população em situação de cárcere do mundo, em sua maioria, homens (94,5%) negros (70%), conforme o próprio Ministro Barroso no lançamento do “Pena Justa”, o plano nacional para o enfrentamento do *estado de coisas inconstitucional* nas prisões brasileiras, reconhecido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.

Vista assim, a correlação dos dados pode conduzir à discussão sobre representatividade, porém, o problema é radical (de raiz colonial), antes mesmo de ser estruturante de nosso sistema de “justiça”. Isto porque, nossa realidade não seria muito diferente se tivéssemos um número maior de pessoas negras pensando como a branquitude, isto é, seguindo seus passos genocidas em razão de uma formação jurídica “iluminada” episte-

1 Doutor em Direito na Universidade de Brasília. Professor de Direito Penal na Universidade de Brasília (UnB), advogado abolicionista quilombista e vencedor do Prêmio Jabuti (2017), na categoria “Direito”, com a obra: A ‘tradução’ de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como bases estruturante da Criminologia brasileira.

2 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2022.

micida³ para manter uma justiça de olhos vendados enquanto (re)produz (e fortalece) seu punitivismo. O resultado de uma juridicidade única - (auto)validada pela hermenêutica - é a desumanização sistêmica, nos exatos termos do “contrato social”, garantindo, assim, a *colonialidade jurídica*⁴ que caracteriza uma justiça monocromática, em todos os sentidos.

Antes de radicalizar a discussão, é preciso evidenciar como chegamos a essa realidade carcerária, ou seja, demonstrar como o racismo é manipulado pela branquitude, conferindo legitimidade ao sistema (que se diz) de justiça. Assim, é a seletividade racial - (a) fundada na criminalidade negra nata⁵ -, que norteia essas linhas introdutórias, pois caracteriza o Direito penal, instrumento de controle punitivo responsável pelo encarceramento negro massivo, iniciado com o Código Penal de 1890, através do qual as senzalas foram transformadas em prisão para manter a ordem antinegra para o progresso do branco.

Por outro lado, sobre a justificativa de “segurança pública”, a morte negra é naturalizada pela branquitude a título de “guerra às drogas” que, em verdade, é uma guerra antinegra declarada aqui no combate ao uso do “*fumo de negro*” (maconha) cuja primeira criminalização ocorreu na década de 1830.⁶ No pós abolição, a ciência branca comprova que a “*diamba*” potencializa a periculosidade negra, herança de sua animalidade, um ideário que não apenas povoa o imaginário da branquitude, mas lhe é constitutivo, por isso nossa política de drogas que é fundamentada no discurso de “saúde pública” (branca), (re)produz manifestações do genocídio negro, chanceladas constitucionalmente.

A morte negra, enquanto constituição da branquitude, não precisa, em regra, ser discutida nas aulas de Direito penal, uma vez que é desnecessário combater o racismo, na verdade, é imprescindível que não se combata para garantir a sobrevivência da própria branquitude. Por isso, a branquitude se esforça em manter as lições dogmáticas alheias à realidade, se imunizando na exata proporção que fortalece o racismo antinegro por sua negação ou silenciamento, face da necropolítica que não é apenas o direito de matar em sociedades coloniais, mas uma exigência branca.

1. A HERANÇA ANTIRRACISTA DA BRANQUITUDE “MERITOCRÁTICA”

O Direito nasceu na Grécia, berço também da Filosofia que vai promover a razão como superação da barbárie, possibilitando o desenvolvimento da humanidade em termos de progresso civilizatório. Com o iluminismo, direitos e garantias contra o poder absoluto são construídos como resultado do “contrato social”, quando a humanidade abre mão de uma parcela de sua liberdade para constituir o Estado, responsável por tutelar tais direitos e assegurar o cumprimento dos deveres estabelecidos com o Direito penal. O *jus puniendi*,

3 CARNEIRO, Sueli. **A Construção do Outro como Não-Ser como Fundamento do Ser**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

4 GÓES, Luciano. **Direito penal antirracista**. Belo Horizonte/MG: Casa do Direito – Coleção Juristas Negras, 2022.

5 GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

6 BARROS, André; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. Revista Periferia, Vol. III, n. 2, 2011.

então, promove justiça imparcial, conforme os ditames da deusa *Themis*, se modernizando com o histórico *liberdade, igualdade e fraternidade*.

De forma muito sintética, essas são algumas lições básicas sobre o Direito penal que a branquitude ainda reproduz e que eu poderia complementar com inúmeros outros contos de fadas brancas, ditando o que é direito, justiça, princípios, quais suas fontes, justificações, conteúdos e limites. A disciplina de Direito penal é o curso dos falsos discursos para mascarar a “ficha corrida” da branquitude, ou seja, os infinitos crimes cometidos desde a colonização.

Assim, a branquitude esconde que esse “direito de punir” é a expressão da *necropolítica*, uma exigência do poder colonial que fez (e faz) do corpo negro seu *pharmakon*.⁷ Ou seja, por um lado, o “remédio”, a solução para a colonização do Brasil através do processo metamorfeante do corpo negro em homem-mineral, homem-metal e homem-moeda,⁸ processo que forjou a *negritude*,⁹ a ameaça à supremacia branca que precisava ser neutralizada desde Palmares, o veneno (pres)entido após a abolição da escravidão em 1888. Contexto marcado pela transição de uma monarquia escravagista para uma república antirracista que garantiu a segurança da branquitude com seu Código Penal “iluminado”, criminalizando todas as rodas negras (capoeira, samba – por conta da vadiagem -, e religiões de matriz africana), manifestações da circularidade, valor civilizatório africano.

Nosso Direito penal “moderno” nasce, então, declarando a igualdade – seu princípio estruturante – mas deixando explícito que para o povo negro brasileiro, o *jus puniendi* é programado pelo *princípio da desigualdade racial*,¹⁰ demonstrando sua função e natureza antiquilombista, isto é, a tutela da Casa Grande com a reforma das senzalas. Foi assim que o encarceramento da massa negra se inaugurou no Brasil, transformado em um grande *sinhô* escravocrata quando já não existia escravidão com a obrigatoriedade de trabalho nas prisões. Por outro lado, a morte negra é produzida aos milhões, conferindo continuidade ao genocídio que jamais foi interrompido, hoje promovido pela guerra antinegra chamada “contra as drogas” que institui a pena de morte negra, sem confronto com as disposições constitucionais que protegem a vida branca e vedam sua pena de morte.

As execuções da morte negra pré-anunciada são avalizadas pelo Judiciário que sentencia corpos negros à morte, todos os dias, a título de “segurança pública” (branca) através da sua periculosidade nata, em conformidade com o racismo sedimentado na Lei de Drogas que orienta a branquitude judicante a distinguir o usuário (que não pode ser preso) do traficante (que deve ser exterminado).¹¹ Necropolítica é a garantia branca de

7 MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Lisboa: Antígona, 2017, p. 82.

8 MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução de Marta Lança. 1. ed. Lisboa: Antígona, 2014, p. 78.

9 Segundo o preto velho Aimé Césaire (2010, p. 113), seu idealizador e que continua, hoje, a nos aconselhar: “a Negritude resulta de uma atitude proativa e combativa do espírito. Ela é um despertar; despertar de dignidade. Ela é uma rejeição; rejeição de opressão. Ela é luta, isto é, luta contra a desigualdade. Ela é também revolta.”

10 GÓES, 2022, p. 222.

11 Lei 11.343/06, art. 28, § 2º: “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

sobrevivência através de uma cláusula penal inscrita no contrato colonial firmado entre a branquitude (e para ela) que determina o direito de matar, não pela igualdade dos homens, mas antes, pela desigualdade humana, pelo pertencimento ou não a determinada raça, marco inafastável do mundo branco, cindido em dois compartimentos não complementares e jamais conciliáveis.¹²

Positivando a supremacia branca, o *Contrato Social* é a faceta discursiva do *Contrato Racial*,¹³ seu fundamento ético, moral e racionalidade operacional, legalizando o uso de violências desumanizantes alinhavadas às linhas, entrelinhas e notas de rodapés daquele pacto, mal disfarçado sob discursos da igualdade que só se dá entre ela mesma e que sustenta:

[...] uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, onde o status de brancos e não-brancos é claramente demarcado, quer pela lei, quer pelo costume. E o objetivo desse Estado, em contraste com o estado neutro do contratualismo clássico, é, inter alia, especificamente o de manter e reproduzir essa ordem racial, assegurando os privilégios e as vantagens de todos os cidadãos integrais brancos e mantendo a subordinação dos não-brancos.¹⁴

O Contrato Racial, dogmatizado segundo os ditames contratualistas “clássicos” (ou seja, por pensadores brancos), é a Constituição da branquitude e, nela, o genocídio negro é cláusula pétrea, estruturante de seu modelo de sociedade que é tutelado, no âmbito informal, pelo epistemicídio, a principal arma colonial para dominar e controlar o corpus negro coletivo em diáspora, colonizando corpos, mentes e almas negras, ao regular o acesso a conhecimentos ancestrais. Assim, configurada no apagamento e extermínio de conhecimentos plurais, a branquitude monopoliza a “produção” do conhecimento que orbita sobre si, ocupando a norma e a “normalidade”, justificadas por sua própria história que categoriza um modelo “humanitário” que nega a “plena humanidade do *Outro*”, estabelecendo sua construção na destruição, na existência do *Ser* na exigência, e diante, do *Não-Ser*.¹⁵

Desmascarando tais facetas do genocídio negro, Exú - o orixá mensageiro e responsável pela comunicação entre *Orun* (morada dos orixás e da ancestralidade negra) e *Aiyê* (terra dos humanos)¹⁶ -, é invocado e reverenciado para abrir caminhos, pelos quais a insurgência epistemológica afrocentrada¹⁷ é manifestada através do resgate da juridicidade negra que a branquitude se esforça em exterminar e silenciar. Presente das encruzilhadas,

12 FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. Tradução de José Laurêncio de Melo. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1968, p. 29.

13 MILLS, Charles. *The Racial Contract*. Cornell University, 1997.

14 MILLS, 1997, p. 13-14.

15 CARNEIRO, Sueli. **A Construção do Outro como Não-Ser como Fundamento do Ser**. Tese de doutorado defendida no programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de São Paulo, 2005, p. 99.

16 Nas lições jurídicas brancas, a *hermenêutica* (derivada do deus grego *Hermes*, conhecido como “deus-intérprete”) é a ciência ou disciplina destinada ao estudo e desenvolvimento dos métodos e princípios da atividade de interpretação do ordenamento legal.

17 ASANTE, Molefi Kete. **Afrocentricidade como Crítica do Paradigma Hegemônico Ocidental**: Introdução a uma Ideia. Ensaios Filosóficos, Volume XIV – Dezembro/2016.

a *exunêntica* inverte os sentidos, criando epistemes subversivas e (des)ordeiras que despacham os carregos criminológicos, constitutivos do sistema de controle racial brasileiro, incorporando o potencial jurídico quilombista assentado nas religiões de matriz africana (por isso suas demonizações e criminalizações pela ideologia cristã).¹⁸

Exú, o senhor da abolição dos grilhões colonialistas, é também a boca que devora os *mandamus* racistas, dos quais aproveita só os restos de viés emancipatórios, caracterizando-o como o senhor da comunicação insubmissa antijurídica, não sendo apenas mero mensageiro, mas conteúdo, significantes e significados de mensagens insurgentes que desmistificam sentidos e caminhos *contracoloniais*.¹⁹ Resgatando juridicidades negras diaspóricas, uma metodologia-pedagogia *sankofaniana* é enunciada, estabelecendo novos parâmetros sobre direitos fundamentais, (re)construindo o futuro sob pressupostos e práxis ancestrais.

Enquanto senhor do poder insubmisso e mensageiro da insurgência negra, Exú debocha da hegemonia branca, retalhando seu monopólio jurídico e sua justiça monocromática para abrir sentidos na recusa do apagamento, imobilização, passividade e resiliência inscritas nos discursos e teorias produzidas pela branquitude que nos submetem ao oferecimento da outra face como prova de (boa) fé. Assim, *orêntando* estratégias pela razão indolente quilombista, fundamentos jus-filosóficos decorrentes de valores civilizatórios africanos são resgatados, demonstrando os estreitos limites e violência congênita de nossa (in)justiça consolidada no universalismo de suas declarações e falsas promessas.

2. DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL À CARTA MANDINGA: (DES) MARCANDO AS BASES PARA UMA DIGNIDADE HUMANA NEGRA

“Para nós, é importante ressaltar que emoção, subjetividade e outras atribuições dadas ao nosso discurso não implicam numa renúncia à razão, mas, ao contrário, num modo de torná-la mais concreta, mais humana e menos abstrata e/ou metafísica. Trata-se, no nosso caso, de uma outra razão.”

(Lélia Gonzalez)

A ideia massificada de dignidade humana repousa naquela Declaração universalizada, que mantém vivas as memórias do holocausto judeu promovido por Adolf Hitler, após manipular o racismo e estratégias genocidas desenvolvidas pelo colonialismo. A motivação jurídica desse “contrato dignificante” foi o terror narcísico promovido pelo racismo antisemita que gerou mobilização para tutelar a branquitude, em geral, e corpos lidos como brancos, que não serão alvos das violências raciais enquanto sua “judeidade” não for descoberta, já que ela “não está integralmente naquilo que é”.²⁰

Foi assim que o racismo se tornou problemático e preocupante, principalmente por ter gestado o nazismo e o fascismo, impondo enfrentamento e “solução” em nível

18 GÓES, Luciano. **Abolicionismo Penal Quilombista**: saberes (des) ordeiros nas encruzilhadas da criminologia afro-brasileira. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2025.

19 SANTOS, Antônio Bispo dos. **Colonização, Quilombos**: modos e significações. Brasília: INCTI/UnB, 2015.

20 FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 108.

internacional, por ameaçar sua criadora, a “raça branca”, mas não alterou a naturalização e funcionalidade do racismo antinegro. De forma nada contraditória, naquele mesmo 1948, inicia-se o *apartheid* na África do Sul, implementado pelo primeiro-ministro, o pastor protestante Daniel François Malan, com financiamento da Inglaterra.

Esse humanismo é legatário da humanidade renascentista que legitimou a dominação europeia, arquitetando matanças ao delimitar padrões humanistas gestacionais do nazi-fascismo, abrigando a *outrificação* que torna todo racismo humanista, de forma que:

[...] essa ideia de “humanidade – fachada ideológica para a legitimação da pilhagem dos mercados do Sudoeste Asiático, dos metais preciosos nas Américas e da mão de obra na África – consolida-se conceitualmente, na medida em que contribui para sustentar o modo como os europeus conhecem a si mesmos: “homens plenamente humanos” e aos outros como “*anthropos*”, não tão plenos. O *humano* define-se, assim, de dentro para fora, renegando a alteridade a partir de padrões hierárquicos estabelecidos pela cosmologia cristã e implicitamente referendados pela filosofia secular. Desta provém o juízo epistêmico de que o Outro (*anthropos*) não tem plenitude racional, logo, seria ontologicamente inferior ao humano ocidental. É um juízo que, na prática, abre caminho para a justificação das mais inomináveis violências.²¹

Evidencia-se, assim, que uma das manifestações do genocídio é sua própria negação, o apagamento da “ficha corrida” da branquitude que refaz seus passos através do epistemicídio, configurado na monopolização do lugar de “produção” do conhecimento que orbita sobre si. Ao ditar a norma, essa humanidade se faz única pelo soterramento da história e construções jurídicas dos “*outrificados*”, vinculando dignidade e desumanidade, que permanece inalterada por “direitos universais” que não alcançaram países africanos (colônias europeias que, naquele contexto lutavam por independência, isto é, igualdade e liberdade).

Nesses termos, a busca negra em ser reconhecido como igual, em uma sociedade racista, esbarra na ontologia hierarquizante que repele a diversidade, inferiorizando diferenças que são identificadas como ameaças à normatização de corpos, subjetividades e comportamentos definidos a partir da branquitude. Determinando, então, os parâmetros que tomarão formas na padronagem, define-se a anormalidade que será excluída e exterminada, em consonância com a tutela do Estado racista-colonial programado pelo *dever-ser* branco estabelecido na negação do *ser-negro*, constituído pelo *status* jurídico da inexistência.

Assim, a negritude não encontrará tutela enquanto bem jurídico, pelo menos em seus aspectos próprios, mas apenas na exata medida que o colonizador conceder, ou seja, nunca em sua complexa e radical demanda, pois a conquista negra de direitos significa perda branca de direitos. A gestão sobre as narrativas jurídicas integra o sistema de controle racial informal, determinando acesso, exclusivo, ao discurso branco que lhe atribui a construção do “processo civilizatório”, que vai do desbravador ao beatificante, negando seu racismo.

21 SODRÉ, Muniz. **Pensar Nagô**. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 14-15.

Sentada no monopólio “civilizatório” e estabelecendo parâmetros básicos de estatutos jurídicos, a branquitude forja prisões epistêmicas que deslegitimam (em tom hegemônico conquistado pelo silenciamento e por meio da autocontemplação), juridicidades pluriversais²² e conhecimentos contracoloniais. A animalização, imprescindível para a escravização negra, determinou sua incapacidade intelectual e a exclusividade branca sobre a razão que, conforme Achille Mbembe, seria a condição primordial de uma identidade humana universal, da qual derivam um conjunto de direitos e valores, sendo que o *signo africano* dependeria do paternalismo branco para alcançar seu patamar:

Os Negros tinham desenvolvido concepções da sociedade, do mundo e do bem que nada contribuíam para o poder da invenção e da universalidade próprios da razão. Da mesma maneira, as suas representações, a sua vida, o seu trabalho, a sua linguagem e os seus actos, inclusive a morte, não obedeciam a nenhuma regra nem a nenhuma lei, das quais conseguissem, com autoridade, conceber o sentido e justificar a validade. Em virtude desta diferença radical ou até desse ser-à-parte justificava-se a sua exclusão, efectiva e por direito, da esfera da cidadania humana total: nada teriam que contribuísse para o trabalho da mente e para o projecto universal.²³

No processo colonial, o racismo determinou a (ir)racionalidade num jogo de cartas marcadas definido pelo poder necropolítico, cuja estratégia foi a desumanização ontológica do negro que, desprovido de qualquer indício de *razão*, foi apagado do mundo jurídico validado pelo pensamento colonial(izante) único, manuseado como “legítima defesa”. Por isso, os direitos humanos instituídos pela Declaração Universal não fazem dela, exatamente, um instrumento antirracista porque a Declaração, ancora a dignidade humana na branquitude, seu corpo como fonte normativa e suas vivências como parâmetros, enquanto ao povo negro diaspórico, a ausência de dignidade é elevada a status jurídico pela eliminação de suas experiências e construções, reificando os grilhões racistas e as “zonas do não-ser”.²⁴

Uma das armas coloniais mais eficazes, segundo Nego Bispo, é a denominação que, nas mãos monopolizantes da branquitude, esvaziaram concepções pré-coloniais para, posteriormente, dotá-las de “ineditismo” que repele todos os sentidos anteriores, resultando na despolitização pela “contrariedade incivilizada”. É aí que nossa ancestralidade demonstra sua força, se apossando da palavra e movimentando-a em nosso favor.²⁵ Essa metodologia é perceptível nos direitos humanos que nega a qualidade “jurídica” a construções e experiências normativas anteriores, uma dimensão do genocídio antinegro que é identificada por Muniz Sodré como *semiocídio*,²⁶ o extermínio do(s) sentido(s) perpetrado pela evangelização.

22 RAMOSE, Mogobe. **Sobre a legitimidade e o estudo da filosofia africana**. Tradução Dirce Eleonora Nigo Solis, Rafael Medina Lopes e Roberta Ribeiro Cassiano. *In: Ensaios Filosóficos*, Volume IV, 2011, p. 10.

23 MBEMBE, 2014, p. 151-152

24 FANON, 2008.

25 SANTOS, 2019, p. 25.

26 SODRÉ, 2017, p. 102.

Seguindo um dos caminhos abertos na encruzilhada jurídica diaspórica, a *Carta Mandinga*,²⁷ datada do início do século XIII (1235), é marco inaugural dos direitos humanos. O *Pacto de Kurukan-Fugan (Manden Kalikan)*, deliberado e resultante de uma *Gbara* (grande assembleia), não retrata apenas a união entre 12 reinos da África do Oeste,²⁸ mas a tutela da humanidade diante da expansão oriental do islamismo. A *Declaração dos Direitos dos Povos*, fundada na liberdade, igualdade e coletividade, resultou do cruzamento de cosmogonias, estruturas sócio-políticas, modelos jurídicos e ideais ético-morais distintos (até conflitantes) que formam um estatuto de 44 artigos, divididos em capítulos: *Da organização social; Dos bens; Da Preservação da Natureza e Disposições Finais*.

O direito à vida está determinado no artigo 5º:

Cada um tem direito à vida e à preservação de sua integridade física. Por consequência, todo atentado contra a vida de seu próximo será punido por pena de morte.

Exercitando a pedagogia contracolonial - antes que a questão *vida vs. morte* seja remetida àquela aula (histórica) de Direito penal que usa o *Código de Hamurabi* como exemplo da “primitividade” pela relação entre crime e punição -, preciso relacionar a atribuição de valor supremo da vida como bem jurídico mais valioso (demonstrando que o objetivo é a sua tutela) e a rigidez da norma. Além disso, imprescindível considerar que o Estado “moderno”, construído pela “evolução civilizatória”, exterminou e extermina milhões de vidas através de políticas genocidas resultantes da simbiose racismo-capitalismo.

Artigo 9: A educação das crianças compete à comunidade. A paternidade é responsabilidade de todos.

Além de estabelecer a proteção e a educação das crianças como uma responsabilidade da comunidade (reproduzindo um provérbio africano que diz: “*é preciso uma aldeia inteira para educar uma criança*”), há a definição da *paternidade coletiva*, que proclama um arranjo sociofamiliar completamente oposto ao frágil machismo, derivado do racismo-patriarcal, que se autoproclama dono e senhor de tudo, todos e todas alcançáveis por suas mãos objetificantes, pois não exprime um sentimento de posse, mas de preocupação e cuidado integral da sociedade.

A proteção das mulheres contra violências, não apenas no âmbito familiar, assim como suas contribuições governamentais, foram estabelecidas em vários artigos:

Artigo 14: Não ofender jamais as mulheres, nossas mães;

Artigo 16: As mulheres, para além das suas ocupações cotidianas, devem estar associadas a todos os nossos governos.

No artigo 20, encontramos a vedação à tortura, maus-tratos e exploração do trabalho dos serviais: (“Nunca maltrate o seu servo, dê-lhes um dia de descanso por semana e ordene que eles cessem os trabalhos em momentos razoáveis. Somos mestre do servo e não da bolsa que ele carrega.”) “*Nunca maltrate o seu servo, dê-lhes um dia de descanso por semana e ordene que eles cessem os trabalhos em momentos razoáveis. Somos mestre do servo e não da bolsa que ele*

27 Tombada em 2009 pela Unesco como Patrimônio Intangível da Humanidade.

28 Região que compreende hoje os países Mali, Burkina-Fasso, Senegal, Gâmbia, Níger, Guiné, Costa do Marfim e Mauritânia.

carrega.” A organização democrática mandinga estabelece a inclusão participativa irrestrita, típica de sociedades africanas constituídas sobre o preceito da *não outrificação*, assegurando direitos do estrangeiro, inclusive de participação nas deliberações e decisões políticas, conforme o artigo 24: “*nunca faça mal aos estrangeiros*”.

A segurança alimentar de toda pessoa que integre a sociedade mandinga, mesmo que transitoriamente, é determinada no Pacto em seu artigo 36, que também proíbe a ocorrência de “*crimes famélicos*”, ao dispor que: “*satisfazer sua fome não é roubo, se nada carregar em seu saco ou em seu bolso*”. Em relação à proteção da natureza e do meio ambiente, a Carta, obviamente, não poderia ficar silente, normatizando:

Artigo 37: Fakombé é designado chefe dos caçadores. Encarregado de preservar a floresta e os seus habitantes, para a felicidade de todos.

Artigo 38: Antes de pôr fogo na floresta, não olhe a terra, erga a cabeça na direção da copa das árvores.

Devido sua importância como bem jurídico primário, a “preservação da natureza” encontra respaldo na punição com a morte dos infratores que atentassem contra ela (equivalente à vida humana), por isso o artigo 38 enlaça consciência coletiva, direitos da natureza e a dependência humana, ao dispor: “*antes de pôr fogo na floresta, não olhe a terra, erga a cabeça na direção da copa das árvores*”, isso porque, é na copa das árvores que encontramos os frutos e as flores (representação do futuro, sobretudo, nosso futuro enquanto integrantes da coletividade composta por todos os seres vivos, mesmo os inanimados).

Essa unidade é inerente às epistemologias tradicionais, enraizando elos que vinculam vidas (materiais e imateriais), vivências e territorialidades (visíveis e invisíveis), reconstruídas por cosmologias que reclamam direitos à ancestralidade. Tuteladas pelas religiões de matriz africana, as *juridicidades afros* (africanas, afrodiaspóricas e afro-brasileiras) possuem como fundamento constitutivo a segurança de quilombos que protegem a vida divina (que, na circularidade, guarda a vida humana em termos coletivos) e suas potências libertárias que desafiam o mundo branco em sua pré-disposição exterminante.

3. DIREITOS E DEVERES SOBRE OS FIOS DOS OXÊS: XANGÔ, A LUZ E CHAMAS DA JUSTIÇA AFRODIASPÓRICA

*“Eu canto aos Palmares
sem inveja de Virgílio, de Homero e de Camões
porque o meu canto é o grito de uma raça
em plena luta pela liberdade!
Há batidos fortes
de bombos e atabaques em pleno sol
Há gemidos nas palmeiras
soprados pelos ventos
Há gritos nas selvas
invadidas pelos fugitivos...
Eu canto aos Palmares
odiando opressores*

de todos os povos
de todas as raças
de mão fechada contra todas as tiranias!"

(Canto dos Palmares – Solano Trindade)

Alertando para as demandas identitárias que atravessam o *Ser-negro* no âmbito de uma “política do conhecimento”, lastreada pela reorientação (re orí entação) de nossa trajetória histórica para (re)conhecer a importância de nossas heranças, Wanderson Flor do Nascimento fala sobre o reconhecimento do apagamento das presenças africanas na identidade brasileira, uma

[...] reivindicação fundamental dos movimentos negros brasileiros: saber que parte do que somos é incontornavelmente marcado pelos legados africanos que insistimos em obliterar. [...] Não se trata, no entanto, de uma abordagem da identidade como uma essência ou substância, mas como movimento de construção de nossa imagem de si e que se relaciona com processos históricos de visibilidade ou desaparecimento de elementos agenciados politicamente.²⁹

As religiões de matriz africana cruzam todos os fatores restauradores das concepções identitárias resignificadas nos trânsitos diaspóricos pois, foi nos terreiros que as filosofias e princípios jurídicos ancestrais encontraram alguma proteção. Espaços de reconstituição territorial, pertencimento, tutela e transmissão geracional de fundamentos epistemológicos por meio da oralidade, se corporificaram em quilombos, onde a religiosidade ocupa apenas uma parte, complementada, também, pela juridicidade de matriz africana que re-existe aos atentados da razão genocida dogmatizada através da “[...] lógica de continuidade que confere sentido – desde o presente – ao passado, que dá (dando) forma à memória”.³⁰

Agenciando o legado jus-filosófico banto, Augusto Sérgio dos Santos de São Bernardo parte do pressuposto de que “moralidades geram eticidades e as eticidades geram juridicidades” para (a)firmar lições ontológicas (existenciais e míticas – jamais opostas à ciência, mas complementares) que sustentam a filosofia da ancestralidade como fonte imaterial não religiosa para uma justiça e um direito libertário fundado na tradição afro-brasileira. Assim, a *Ancestralidade Normativa Não Religiosa* institui um corpus jurídico composto por predições, prescrições e profecias que caracterizam a pedagogia quilombista oriunda dos terreiros, eis que “ninguém resiste à força dos princípios mandamentais ancestrais como sustentadores de uma vida social”.³¹

Marco fundacional tridimensional para uma justiça afro-brasileira, a ancestralidade, no *campo epistemológico*, pressupõe movimento e (re)encantamento, fundamentos de civilizações africanas que extraem, do “código ancestral”, ensinamentos, caminhos e sentidos

29 FLOR DO NASCIMENTO, Wanderson. **Entre apostas e heranças**: Contornos africanos e afro-brasileiros na educação e no ensino de filosofia no Brasil. 1 ed. – Rio de Janeiro: NEFI, 2020, p. 28.

30 FLOR DO NASCIMENTO, 2020, p. 42.

31 SÃO BERNARDO, Augusto Sérgio dos Santos de. **Kalunga e o direito**: a emergência de uma justiça afro-brasileira. 245 f. Tese (doutorado Multi-institucional e Multidisciplinar em Difusão do Conhecimento) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Educação, Salvador, 2018, p. 65.

para repensarmos o arcabouço jurídico, quebrando seus grilhões coloniais. Como *princípio normativo*, ancestralidade é “ética da sobrevivência”, responsável pela (re)produção de mandamentos, princípios e regras que se expressam enquanto fontes jurídicas, estruturadas em moralidades políticas, convenções e interpretações que organizam a manifestação do poder insurgente, voltado à re-existência e à emancipação.

Enquanto *fundamento de lei e do direito*, ancestralidade é manifestação permanente da tradição e da cultura legitimada, concretizando normas e preceitos que integram a “lei ancestral”, carregando consigo axiomas, provérbios e mandamentos com força não apenas normativa, mas legislativa. Nesse sentido, aspectos inequivocadamente jurídicos são sistematizados em formas e conteúdos distintos, porém, de idêntica legitimidade, tendo em vista a dinâmica de validação, pela qual “elaboramos leis e as convertemos em modelos vários de comando e de sanção frente à desobediência. Elas possuem poder normativo em si quanto mais forem aceitas pela comunidade. Nesse caso, o pertencimento e a submissão às regras da comunidade, afixadas pelo culto aos antepassados e ancestrais, conferem o poder normativo e ainda preditivo, prescritivo”.³²

Abrindo caminhos para um modelo de justiça que substitui o punitivismo e a exclusão por responsabilização inclusiva, considerando que a *Lei Ubuntu*³³ é, também, seu fundamento, o quilombismo incorpora direitos naturais gestados na diáspora onde a vida negra é (re)organizada consoante cosmogonias contracoloniais. Fundamentando uma justiça que garante o direito à (re)existência - voltada à vivência plena e bem-viver -, estratégias jurídicas subversivas desafiam as (des)ordens racistas de *Themis* (que veda seus olhos para não reconhecer a criminalidade nata da branquitude), a materialização do epistemi-cídio que estrutura nosso sistema de (in)justiça racial cujas decisões pronunciarão sempre mais genocídio, por necessidades vitais de perpetuação dos direitos coloniais.

Insurgindo contra as manifestações do sistema de controle racial, decretadas pela justiça monocromática, a demanda por fontes jurídicas ancestrais (verdadeiros candeieiros antijurídicos que jogam luz no racismo dogmatizado), é arriada em terreno colonial(izante) sob clamores de seu potencial de combustão para construção de um ordenamento que incendeie as *plantation's jurídicas*, limpando o campo que descredibiliza epistemes de matriz africana, primitivizadas pelo racismo científico, e possibilitando a construção de uma justiça assentada em juridicidades afro-brasileiras, anunciada feito o trovão vindo da pedreira.

Reclamando a herança do poder devastador que transforma palavras em centelhas incandescentes no combate às injustiças raciais, Xangô, o guardião do ordenamento jurídico *orunico*,³⁴ é invocado a bradar sentenças implosivas, forjadas no magma da resistência que manifesta sua presença nas luzes ancestrais que alumiam a razão negra indolente, legado que sustenta uma justiça afrodiaspórica regida pelo *Alafin de Oyo*. Nos termos da oralidade (valor civilizatório africano), a palavra é fundamento de sociedades, essência e

32 SÃO BERNARDO, 2018, p. 64.

33 RAMOSE, Mogobe Bernard. **Uma perspectiva africana sobre justiça e raça**. Disponível em: <https://them.polylog.org/3/frm-en.htm>. 2001. Acesso em 26 Out. 25.

34 Constituído em *Orun* (território divino, morada dos Orixás, da ancestralidade).

instrumento de compartilhamento da força vital (*axê*) que sustenta (também no sentido de alimento) a vida, institucionalizando o Código Moral que Xangô é o guardião supremo.

Por isso, a mentira (essência do epistemicídio e semiocídio) é a grande inimiga de Xangô e o mentiroso um transgressor perigoso por deformar, adulterar, alterar e distorcer os preceitos sociais que estruturam e protegem a coletividade em suas relações harmônicas, internas e externas, bem como as trocas justas. O poder responsabilizante e pedagógico de Xangô é evidenciado pela advertência que ele faz fogueira com os ossos do mentiroso, por seu potencial exterminante de um povo inteiro. Assim, clareando e (re) potencializando a juridicidade quilombista através de um complexo e sofisticado sistema de racionalidade, a verdade é exposta a golpes de *Oxês* (machados de lâminas duplas que representam o equilíbrio e a imparcialidade diante das demandas jurídicas).

Fazendo transparecer, de modo inquestionável e irremediável, princípios antinegros e práticas racistas escamoteadas em narrativas “igualitárias”, a humanidade, como centro dessa justiça, é celebrada por medidas responsabilizantes. Mestre Didi e Juana Elbein dos Santos ensinam que Xangô (*Şàngó*) é princípio civilizatório, estruturador político e detentor do poder de realização que traz consigo a concretude e plenitude do devir da humanidade, pode ser violência incontrolável, mas também é a amorosidade reconstrutora de algo totalmente novo (fundamento de uma masculinidade comprometida com a proteção coletiva), pois é:

[...] baluarte e esperança, está nos altares, nos peji, nos odù, nas danças, cantos e invocações. Está no âmagô, na emoção do consciente e do inconsciente do egbé, na continuidade atemporal da comunalidade, na poética essência do povo. [...] Para quem é testemunha e participante privilegiada[o], escrever sobre Şàngó não é apenas um exercício acadêmico. É acreditar na utopia de que o ser humano é viável.³⁵

O Orixá que condena injustiças, através de seu compromisso inarredável com a verdade desferida por seus *Oxês*, julga com justiça na exata medida que os casos carecem e, em seus termos, se faz justiça. Por isso, em muitas situações devemos pedir *maleme* (perdão, piedade) e clamar a misericórdia de Xangô (o que não significa, em absoluto, ausência de responsabilização), pois, ao pedirmos sua justiça seremos também cobrados por nossos atos e falhas... “*quem deve paga, quem merece recebe*”, diz um brocardo *yorubá*.

É o *Rei do Oyó* a autoridade judicante suprema em diáspora, rigoroso diante de infrações, seu poder ilimitado jamais se manifesta injustamente, desproporcional ou desgovernado, pois, mesmo em sua realeza, o “*Senhor do Fogo Oculto*” se prostra e reverencia a razão, o discernimento, a razoabilidade/proporcionalidade entre os danos causados e suas sentenças, conduzidas pela sabedoria ancestral vinda de Oxalá. Assim, Xangô, sabedor que poder sem prudência é autoritarismo, inviabiliza qualquer sinal de arbitrariedade ou tirania em seus julgamentos, que ordenam golpes certos dos *Oxês*, condenando ou absolvendo, sempre em termos de equilíbrio, buscando a resolução.

35 SANTOS, Juana Elbein dos; SANTOS, Deoscoredes Maximiliano dos (Mestre Didi Asipa). *Şàngó*. 1ª ed. Salvador: Corrupio, 2016, p. 74.

De acordo com as lições de Ildásio Taváres, os dois *Oxês* expressam as oscilações, dicotomias e ambivalências envoltas em julgamentos, resolvendo os conflitos polarizados sem jamais sectarizar, buscando a conciliação entre o *inocente x culpado, bem x mal*:

Símbolo supremo de vida, de realeza do negro, de luta, de tenacidade e de erotismo Xangô, sem dúvida, figura como o intenso fogo que alimentou a resistência escrava, que aqueceu, que temperou, que vivificou e solidificou a coesão negra [...], energia incontável do magma que, reprimido por camadas e camadas de terra, um dia rebenta num terremoto, eclode como vulcão, como haveria de eclodir o negro brasileiro um dia, apesar da repressão.³⁶

Essa conciliação também é propiciada pela *Lei do Pertencimento*, caracterizada por relações horizontalizadas (manifestadas nas rodas que representam a circularidade – outro valor civilizatório africano), que inclui Xangô e ordena sua justiça, fazendo com que a pessoa condenada reencontre o sentido bom de sua existência, o caminho de sua natureza,³⁷ executando a resolução entre direções opostas - simbolizadas pelas lâminas duplas do *Oxês* -, mormente conflituosas, enfatizando as possibilidades simétricas ou assimétricas de nossas reações, individuais ou coletivas, bem como de nossas relações sociais.

Ivan da Silva Poli ensina que os *Oxês* (cujas bases/cabos são um homem ou gêmeos - cada um sustentando uma das lâminas dos machados) são representações da *geminialidade*,³⁸ sinônimo da dualidade encrustada em nossa humanidade (o homem como centro dessa justiça, o ponto de equilíbrio entre suas facetas, boa e má), trazendo a ideia de um poder que não é baseado em relações de opressão, submissão e violências, pois fundamentado no equilíbrio do reencontro, na conciliação entre opostos:

Os gêmeos, ou a simetria do homem que se encontra no centro do Osé (oxé) pode representar também o equilíbrio existente (ou ideal que deveria existir) no poder duplo que se instalou em Oyó entre os Alafins a partir de Xangô (que também tinha origem materna em invasores dos Povos Nupe e Baribá) e a sociedade Ogboni, que era o conselho popular que representava o poder do povo autóctone descendente somente do ancestral mítico de Ile Ifé (Oduduwa). Em outro contexto, segundo estes critérios criados pelo princípio da geminilidade e simetria, o Osé de Xangô simbolicamente também representa o equilíbrio do poder duplo do rei divinizado pelo Orun (Alafin) e a sociedade Ogboni que representava o poder terreno (do Aiyê). Outro fato relevante é que o próprio Oraniyan (avô de Xangô e primeiro Alafin) tem a pele simetricamente pintada de branco e preto, o que já prenunciava este conceito de poder duplo de Oyó em harmonia, legitimado na figura do próprio ancestral mítico.³⁹

36 TAVARES, Ildásio. **Xangô**. Rio de Janeiro: Pallas, 2002. Coleção Orixás, p. 68-69.

37 Essa característica humana é expressa na “*Canção dos Homens*”. Disponível em: <https://youtu.be/5D9ZOaOArj0?si=U4y2Rqn4MJXEIT3V>.

38 Por isso Xangô é conhecido como “Senhor dos Gêmeos”.

39 POLI, Ivan da Silva. **Antropologia dos Orixás**: a civilização iorubá a partir de seus mitos, orikis e sua diáspora. São Paulo: Terceira Margem, 2011, p. 20-21.

Decorrente do arcabouço jurídico *orunico*, outro fundamento para um direito responsabilizante afrodiaspórico é assentado: *princípio da não polarização entre bem e mal*, tendo em vista que o fundamento da vida humana é a possibilidade de ser bem e/ou mal, bom e/ou mau, característica criada por Exu⁴⁰ e tutelada por Xangô. Uma concepção da humanidade muito mais honesta com a natureza humana e distinta da ideia colonial/racista hipócrita do “*cidadão de bem*”⁴¹ que, em nome de seu Pai, sua família e sua pátria amada, desumaniza de formas inimagináveis as pessoas rotuladas como “*mal*”. Nesse sentido, importa dizer, ainda, que a possibilidade de sermos bem ou mal decorre de escolhas atreladas ao livre-arbítrio, que é respeitado por *Olorun*, não havendo qualquer “punição divina” por manifestações de vontade, seja qual for sua inclinação, apenas responsabilização.⁴²

Na jurisdição de Xangô, conforme seus *itans*, não é a vingança ou a retribuição (o mal pelo mal) que comanda suas decisões, pois, mesmo em tempos de guerra, os soldados inimigos que sobreviveram à sua fúria (que arrancou faíscas das pedras onde seus *Oxês* bradavam, provocando uma chuva de relâmpagos que findou com um conflito militar), não foram torturados, mutilados e enviados, aos pedaços, ao seu povo (como aconteceu com seus soldados), mas poupados. Outra característica da justiça afrodiaspórica é que ela é regida pelo *Preceito da Não Seletividade Penal* (oposto ao Direito penal colonial que tem a seletividade racial punitiva como ontológica e inalterável). A justiça inegociável, que emerge de uma *práxis umbuntista*, obstrui e abomina a possibilidade de haver qualquer seletividade, eis que, em seus termos, nem mesmo Xangô foi isentado/imunizado. A sanção responsabilizante recaiu sobre o próprio *Obá iná* (rei do fogo) quando, seduzido e deslumbrado com seus poderes, lançou raios que destruíram a cidade de *Oyó*, matando uma parcela de sua população, seus súditos.⁴³

Após ver e ter consciência do ocorrido, a desolação tomou conta de Xangô, a vergonha substituiu a vaidade. Já não havia motivos para continuar em *Aiyé*, então, a cometido e consumido por um profundo *banzo*,⁴⁴ a (auto)responsabilização foi a motivação da sentença (à morte física) e a redenção obrigava ao Rei de *Oyó* que cumprisse a ordem. Foi assim que, ao findar com sua existência física, Xangô se libertou de seu *ará* (corpo), retomando sua forma essencial e retornando à massa originária, enquanto Orixá volta à *Orun*.

A justiça afrodiaspórica regida por Xangô não é, de modo algum, patriarcal ou falocêntrica, pois sua lógica só encontra sentido em *Oyá*, com quem Xangô possui uma relação de complementariedade e interdependência, dividindo seus domínios elementares

40 GÓES, 2022.

41 Lembrando que *Good Citizen* era o jornal da *Ku Klux Klan* (KKK), grupo supremacista branco, extremista cristão e de extrema-direita, criado no Sul dos Estados Unidos, logo após o fim da Guerra de Secessão, provocada pela abolição da escravidão estadunidense. Portanto, qualquer semelhança com o “cidadão de bem” brasileiro não é nenhuma coincidência, mas pura manifestação da branquitude.

42 OGBEBARA, Awofa. *Igbadu*: a cabaça da existência: mitos nagôs revelados. 2ª ed. 5ª reimp. São Paulo: Pallas, 2018, p. 54.

43 PRANDI, Reginaldo. *Mitologia dos Orixás*. 1ª ed. 29ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 245 e 260.

44 Distúrbio multifatorial que possui algumas semelhanças com a depressão.

(fogo e raios), o trono e a vida. Encarnando a própria liberdade por se manifestar no vento, Oyá muda, radicalmente, os rumos judicantes, pois:

Com um olhar atento e empático, a Orixá da Justiça empunha sua espada para abrir caminhos rumo à igualdade na diferença e, consequentemente, na própria realização da Justiça. Oyá guerreia pela liberdade de ser diferente. E é essa diferença que deve estar na balança da justiça na hora da decisão. Se a magistratura brasileira se entende como escrava da lei, pois considere o que diz a lei maior, a Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece o pluralismo como princípio fundamental e a luta contra o racismo e todas as demais formas de discriminação como objetivo a ser alcançado por TODOS os órgãos da República.⁴⁵

Varrendo o plano conceitual de justiça e ampliando seus limites, Iansã mostra que a matriz da liberdade negra é as mulheres negras, matrigestoras de nossa civilidade e protetoras do *Ser-negro*. Isso significa que, sem a participação efetiva delas e em seus termos, teremos apenas outra tentativa de controle racial, através do racismo-patriarcal e silenciamento de vozes negras, por intermédio dos homens negros cooptados, corrompidos e comprometidos com a tutela da branquitude, endossando seus contratos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Colonizando o campo jurídico, a branquitude fez dele seus domínios, fortificados por princípios racistas que (a)fundam nossa democracia e seu *jus puniendi*. Abrindo caminhos entre os entrelaçamentos epistemicidas que caracterizam o Direito penal, na belicosidade - juridicamente debochada - de Exú, a insurgência malandreada transpassa os limites das legitimações necropolíticas dogmatizadas, arriando princípios (anti)jurídicos que desmascaram seu monopólio em dizer “o” direito.

Nesse mesmo movimento, o sistema de justiça monocromático tem suas bases fraturadas, mostrando que tem muito pouco (ou quase nada) a nos oferecer em termos de reparação de direitos, mas muito a despotencializar através do embranquecimento, obrigações pessoais para quem busca um reconhecimento jurídico dos colonizados (que exige, em troca, fé em suas falsas promessas). É preciso findar o pacto com o opressor, desobedecer suas premissas alienantes, arredar suas construções normativas para reconhecer, que, em tais fontes jurídicas, não há possibilidade existencial para outras humanidades que não sejam (que não) desumanizadas, ou seja, que aceitam, passivamente, toda e qualquer violência que garante a sobrevivência da branquitude.

Se nosso tempo é agora - como a flecha certa de Mãe Stella de Oxóssi, que recorta o tempo, leciona - passou da hora de deslegitimar aquele falso contrato social por ser a Constituição da branquitude, assim como aquela “dignidade humana” entabulada na “Declaração Universal” (em verdade, uma declaração branca universalizada). Expressão do “brancocentrismo” (por isso marco dos direitos humanos embranquecedores e eixo gravitacional do mundo jurídico “civilizado”), esse novo contrato, elaborado como “dig-

45 RAMOS, Chiara; VAZ, Livia Sant’anna. **Oyá**: a Justiça é uma mulher negra. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/artigo/o-ya-a-justica-e-uma-mulher-negra/>. Acesso em 03 out. 2025.

nificante” sob as mesmas sombras iluminadas, fornece razões, bases, sentidos, hermenêuticas (representação perfeita da *colonialidade jurídica* que entorpece o narcisismo branco) e limites.

Assim, trazendo os direitos humanos para a roda antirracista em um movimento resultante da razão indolente quilombista, invoco epistemologias negras no plano normativo como matriz de um pensamento afro-jus-filosófico para romper com a ideia uníssona de justiça, esculpida por uma ideologia humanitária desumanizadora. Desobedecendo, então, suas (des)ordens, busco (re)constituir direitos humanos negros ao compartilhar, em terreno condenado à aridez pela antinegritude, mandingas jurídicas, isto é, agenciando preceitos radicados na Carta Mandinga, mobilizando o Código Ancestral Negro para ver florescer uma justiça afrodiaspórica que ramifique um pluralismo jurídico brasileiro, nos termos demandados por uma democracia plurirracial que pressupõe a demolição do mundo branco por suas próprias razões.

Nesse sistema de justiça pluriversal, Exú, o orixá da comunicação desordeira e marginal (criativa pela resistência à exclusão), despreza os *mandamus* semiocidas e despacha as imposições coloniais para abrir sentidos com a *exunêutica* que se movimenta em giras contracoloniais, fazendo bambejar o sistema de (in)justiça racial que, imerso e encruzilhado, é bombardeado por toques de atabaques filosóficos, findando por desmoronar em suas farsas (explícita pela criminalidade nata da branquitude e sua ficha corrida).

Por sua natureza racista, sobretudo antinegra, esse modelo “único” é condenado às cinzas pelas chamadas proferidas por Xangô (alimentadas e fortalecidas pela ventania de Oyá), que corta o mal branco pela raiz a golpes de Oxês. Em seu lugar, a justiça afrodiaspórica, assentada na *Lei Ubuntu*, enquanto práxis emancipatória e manancial de laços comunitários inquebrantáveis, confere legalidade e legitimidade ao projeto democrático quilombista. Trazendo em si a garantia, viabilidade e necessidade do matriarcado, a herança africana vivenciada, todos os dias aqui no Brasil, confere tutela a sentidos (re)existenciais e ao bem-viver, no seio da coletividade e do comunitarismo, através de juridicidades ancestrais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASANTE, Molefi Kete. **Afrocentricidade como Crítica do Paradigma Hegemônico Ocidental**: Introdução a uma Ideia. Ensaios Filosóficos, Volume XIV – Dezembro/2016.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BARROS, André; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. Revista Periferia, Vol. III, n. 2, 2011.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. **Branqueamento e branquitude no Brasil**. In: BENTO, Maria Aparecida Silva; CARONE, Iray. (Orgs.). **Psicologia social do racismo** – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- CARNEIRO, Edson. **O quilombo dos Palmares**. 2ª ed. São Paulo: Nacional, 1958.

- CARNEIRO, Sueli. **A Construção do Outro como Não-Ser como Fundamento do Ser**. Tese de doutorado defendida no programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de São Paulo, 2005.
- CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre a negritude**. Tradução de Ana Maria Gini Madeira. Belo Horizonte: Nandyala, 2010.
- FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. Tradução de José Laurêncio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- GÓES, Luciano. *A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- GÓES, Luciano. **Abolicionismo Penal Quilombista: saberes (des) ordeiros nas encruzilhadas da criminologia afro-brasileira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2025.
- MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução de Marta Lança. 1. ed. Lisboa: Antígona, 2014.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 2ª edição. São Paulo, N-1 Edições, 2018.
- MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Lisboa: Antígona, 2017.
- MILLS, Charles. *The Racial Contract*. Cornell University, 1997.
- FLOR DO NASCIMENTO, Wanderson. **Entre apostas e heranças: Contornos africanos e afro-brasileiros na educação e no ensino de filosofia no Brasil**. 1 ed. – Rio de Janeiro: NEFI, 2020.
- OGBEBARA, Awofa. **Igbadu: a cabaça da existência: mitos nagôs revelados**. 2ª ed. 5ª reimp. São Paulo: Pallas, 2018.
- POLI, Ivan da Silva. **Antropologia dos Orixás: a civilização iorubá a partir de seus mitos, orikis e sua diáspora**. São Paulo: Terceira Margem, 2011.
- PRANDI, Reginaldo. **Mitologia dos Orixás**. 1ª ed. 29ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- RAMOS, Chiara; VAZ, Livia Sant’anna. **Oyá: a Justiça é uma mulher negra**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/artigo/oya-a-justica-e-uma-mulher-negra/>. Acesso em 03 out. 2025.
- RAMOSE, Mogobe. **Sobre a legitimidade e o estudo da filosofia africana**. Tradução Dirce Eleonora Nigo Solis, Rafael Medina Lopes e Roberta Ribeiro Cassiano. In: *Ensaaios Filosóficos*, Volume IV, 2011.
- RAMOSE, Mogobe Bernard. **Uma perspectiva africana sobre justiça e raça**. Disponível em: <https://them.polylog.org/3/frm-en.htm>. 2001. Acesso em 26 out. 25.
- SANTOS, Antônio Bispo dos. **As fronteiras entre o saber orgânico e o saber sintético**. In: OLIVA, Anderson Ribeiro; CHAVES, Marjorie Nogueira; FILICE, Renísia Cristina Garcia; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. (Orgs). **Tecendo redes antirracistas: Áfricas, Brasil, Portugal**. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.
- SANTOS, Antônio Bispo dos. **Colonização, Quilombos: modos e significações**. Brasília: INCTI/UnB, 2015.
- SANTOS, Juana Elbein dos; SANTOS, Deoscoredes Maximiliano dos (Mestre Didi Asipa). **Sàngò**. 1ª ed. Salvador: Corrupio, 2016.
- SÃO BERNARDO, Augusto Sérgio dos Santos de. **Kalunga e o direito: a emergência de uma justiça afro-brasileira**. 245 f. Tese (doutorado Multi-institucional e Multidisciplinar em Difusão do Conhecimento) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Educação, Salvador, 2018.
- SODRÉ, Muniz. **Pensar Nagô**. Petrópolis: Vozes, 2017.

SOUZA, Victor Martins. **Uma percepção africana dos direitos humanos:** a Carta Mandinga. Revista de Humanidades e Letras. Vol. 4, nº. 1, 2018.

TAVARES, Ildásio. **Xangô**. Rio de Janeiro: Pallas, 2002. Coleção Orixás.

A REINSCRIÇÃO DA COLONIALIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: ENTRE ESTRUTURA, CONJUNTURA E ACONTECIMENTO, UMA ANÁLISE HISTÓRICO-CRÍTICA DA EROÇÃO INSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO TRABALHISTA

THE REINSCRIPTION OF COLONIALITY IN BRAZILIAN LABOR LAW: BETWEEN STRUCTURE, CONJUNCTURE AND EVENT, A HISTORICAL-CRITICAL ANALYSIS OF THE INSTITUTIONAL EROSION OF LABOR PROTECTION

Júlio César Farias De Oliveira Júnior¹

RESUMO: O artigo analisa a erosão do direito do trabalho no Brasil a partir de uma abordagem histórica de múltipla duração. Parte-se da hipótese de que a precarização contemporânea não é um desvio institucional, mas expressão da permanência da racionalidade colonial. Utiliza-se o método de análise histórica múltipla, inspirado em Fernand Braudel, articulando três níveis: estrutura (formações coloniais e escravocratas), conjuntura (neoliberalismo e desmonte institucional) e acontecimento (decisões judiciais e reformas legislativas na Nova República). A metodologia é de estudo de caso, com revisão bibliográfica e análise documental de julgados e dispositivos legais. Conclui-se que a flexibilização do trabalho no Brasil é parte de um projeto político que reinscreve a colonialidade no núcleo normativo do Estado, transformando o direito do trabalho de instrumento de proteção em dispositivo de contenção social.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Colonialismo; Neoliberalismo; Flexibilização; Análise Histórica.

Abstract: This article analyzes the erosion of labor law in Brazil through a multiple-duration historical approach. It argues that contemporary labor precarization is not an institutional deviation but an expression of enduring colonial rationality. The study applies a multi-layered historical method inspired by Fernand Braudel, articulating three levels: structure (colonial and slave-based formations), conjuncture (neoliberalism and institutional dismantling), and event (judicial decisions and legislative reforms in the New Republic). The methodology is a case study, combining bibliographic review and document analysis of court rulings and legal norms. The article concludes that labor deregulation in Brazil is part of a broader political project that reinscribes coloniality into the legal core of the state, turning labor law from a tool of protection into a mechanism of social containment.

Keywords: Labor Law; Colonialism; Neoliberalism; Deregulation; Historical Analysis.

1. INTRODUÇÃO

O direito não é imune ao tempo, ele é tecido, não alheio, é instituição, mas também pulsação histórica. Seus códigos, por mais técnicos ou abstratos que pareçam, narram escolhas sociais. E, no Brasil, poucas escolhas foram tão profundas e duradouras quanto aquelas feitas sob a égide do colonialismo. O direito do trabalho, celebrado por vezes como ferramenta de emancipação, jamais escapou à lógica que o engendrou. Ele não surgiu para libertar. Surgiu para organizar, não para garantir a dignidade, mas para administrar

¹ Doutorando em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail para contato: julio.oliveira.junior@gmail.com.

a desigualdade. A relação entre capital e trabalho no Brasil nasceu marcada pela escravidão e pela cultura patrimonialista que fez do trabalhador não um sujeito, mas um objeto de troca e disciplina.

Mesmo após a abolição formal da escravidão, as instituições não romperam com a sua matriz. Adaptaram-se. Reformularam a exploração sob novos signos: Onde antes havia a chibata, agora havia o contrato, mas o sentido de subordinação, precariedade e seletividade permaneceu. Nos últimos anos, essas camadas históricas voltaram a emergir com força. O que vemos não é apenas uma conjuntura adversa, mas um ciclo de longa duração reencontrando seu caminho. Reformas legislativas, decisões das Cortes Superiores e a própria reorganização do Estado revelam uma diretriz: enfraquecer o direito do trabalho, dissolver sua função protetiva e devolver o conflito ao mercado. Isso não é acidente: É projeto, é continuidade.

O que se observa hoje nas jurisprudências que relativizam o vínculo de emprego, que celebram a liberdade de contratar em detrimento da dignidade do trabalhador, é apenas a face mais recente de uma velha história. A história de um país cuja elite econômica e política jamais aceitou plenamente o trabalhador como cidadão. Por isso, este artigo propõe um estudo de caso acerca da flexibilização contemporânea não como uma anomalia, mas como parte de uma engrenagem de longa duração, em que acontecimentos (como as reformas e decisões judiciais), com foco na Nova República, se articulam com a conjuntura do neoliberalismo e com a estrutura forjada pelo colonialismo e pela escravidão.

Inspirados na abordagem de Fernand Braudel (1965), proponho uma leitura em três tempos: (i) o acontecimento: as reformas e julgados que limitam o alcance protetivo do direito do trabalho; (ii) a conjuntura: o enfraquecimento institucional e a normalização do discurso da flexibilização na ótica neoliberal; e, por fim, (iii) a estrutura: a permanência do colonial e da cultura escravocrata, que inscrevem o trabalhador brasileiro em uma lógica de hierarquia e descartabilidade. O conceito de colonialismo aqui explorado é advindo de Aníbal Quijano (2005), e busca demonstrar, de forma crítica, essa relação de nexo de segregação racial e trabalho, também presente.

Além da análise das normas, portanto, este estudo é um convite à leitura da história subjacente ao direito do trabalho brasileiro, fazendo uma análise bibliográfica da obra histórica do período. Uma história que ainda não terminou. Com isso, esse trabalho pretende desenvolver, por meio de um método de análise histórica múltipla, isto é, que parte de acontecimentos, conjuntura e estrutura, como a atual precarização da proteção trabalhista e a derrocada da efetividade do direito do trabalho no âmbito das instâncias superiores do direito é um projeto político, fortemente influenciado por estruturas sociais historicamente construídas, que dão origem às atuais instituições trabalhistas no Brasil.

Com isso, estrutura-se o artigo em: Análise Histórica, que busca explicar a relação do colonialismo com racialidade, exclusão e a estrutura histórica do trabalho no Brasil, que busca uma visão macro na Nova República; A conjuntura, que busca uma visão meso da estrutura normativa do trabalho no Brasil; e uma visão micro, com foco em decisões judi-

ciais mais recentes, a partir do atual ano de 2025. Busca-se, por meio dessa análise, buscar as raízes históricas da desigualdade no direito do trabalho, e como ela está relacionada ao colonialismo, presente nas instituições jurídicas.

2. ANÁLISE HISTÓRICA: O COLONIALISMO COMO ESTRUTURA DO TRABALHO

O colonialismo não foi apenas uma era. Foi, e é, uma forma de ordenar o mundo social. No Brasil, ele não ficou sepultado com a chegada da república ou com o fim formal da escravidão. Ele persiste, reinventado nas instituições e naturalizado no cotidiano. Como alerta Celso Furtado (2008), a transição para o capitalismo no Brasil não rompeu com a herança senhorial. Apenas deslocou sua forma. Onde antes o latifundiário impunha sua autoridade sobre corpos cativos, agora o mercado e o Estado regulam, juntos, o trabalhador subordinado.

Nada ilustra melhor essa permanência do que o próprio nascimento do direito do trabalho no país. Ele não surge em meio a uma explosão de consciência social ou a partir de uma ética de reconhecimento do trabalhador como sujeito. Surge como tecnologia estatal de gestão. Gestão do conflito, gestão do risco social, gestão, sobretudo, da desigualdade. Como aponta Angela de Castro Gomes (2018), o trabalhismo foi uma invenção moderna com propósitos bem definidos: integrar as massas urbanas à ordem sem ameaçar a estrutura de poder.

Mas há camadas ainda mais profundas. A historiografia mais recente já não hesita em afirmar que, mesmo durante a escravidão, o trabalho era plural e hierarquizado. Não era apenas a relação entre senhores e escravizados que organizava o mundo social. Havia também distintas formas de posse e exploração de cativos, como mostram Marcondes *et al.* (2016) e Versiani e Nogueról (2016) ao analisarem a estrutura escravista no Nordeste e no Sul do país. Essas dinâmicas reproduziram, na transição para o trabalho livre, o que poderíamos chamar de gramática da desigualdade. Um léxico de subordinação que o direito incorporou sem rupturas.

Esse legado, portanto, não desapareceu com a abolição. O que mudou foi sua vestimenta jurídica. Onde antes o cativo não possuía direitos, o trabalhador passou a ter direitos condicionados, quase sempre sob ameaça de perda ou flexibilização. O direito do trabalho se tornou, assim, expressão de uma tensão: proteger o trabalhador sem desestabilizar a hierarquia social herdada (Palhares e Nicoli, 2021).

É nesse sentido que João Victor Marques da Silva (2023) propõe uma crítica corante. Segundo ele, mesmo os discursos juslaboralistas mais progressistas evitam enfrentar a dimensão racial e estrutural do direito do trabalho. O que está em jogo não é apenas reconhecer que o trabalhador negro foi historicamente excluído das proteções formais, mas entender que a própria concepção de trabalho, no Brasil, nasceu e se desenvolveu marcada pela ideia de que alguns corpos são mais reguláveis e sacrificáveis do que outros. Com isso, é inegável a conexão direta entre exploração do trabalho e desigualdade social marcada pela exploração racializada.

A colonialidade, tal como colocado por Quijano (2005, p. 23), portanto, não se traduz apenas na cor da pele ou na origem étnica do trabalhador. Ela se manifesta na própria lógica da regulação: a presunção de que o trabalho é algo a ser disciplinado, de que o trabalhador é um sujeito que deve aceitar perdas em nome da “modernização”, de que a flexibilidade é uma necessidade inevitável. A transição aboliu a forma jurídica da posse, não a gramática da subordinação. Persistem hierarquias de cor/raça, segmentação ocupacional e regulação do trabalho como “problema de ordem”, não de cidadania.

Essa lógica permanece viva. Ela explica por que decisões das Cortes Superiores, nos últimos anos, ecoam discursos de contenção e desresponsabilização social. Explica por que a proteção jurídica ao trabalho tem se tornado cada vez mais frágil. E explica, sobretudo, por que a promessa de um direito do trabalho emancipatório segue sendo adiada. A estrutura escravista brasileira foi plural e capilarizada, o que facilitou a sua “tradução” em relações assalariadas precárias no pós-Abolição.

O colonialismo, em sua versão contemporânea, a colonialidade, não é um fantasma do passado. É o engenheiro oculto das instituições. É ele que dita as regras silenciosas do jogo, mesmo quando o discurso jurídico finge neutralidade.

2.1 A CONJUNTURA – ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO E A NORMALIZAÇÃO DA DESPROTEÇÃO

Desde a redemocratização, o Brasil vem operando sob um paradoxo silencioso: de um lado, uma Constituição cidadã, com promessas robustas de proteção social; de outro, uma lenta, contínua e deliberada corrosão das suas garantias trabalhistas. A cada governo, um novo argumento, uma nova roupagem, mas o mesmo movimento: reduzir a densidade do direito do trabalho e devolver o conflito capital-trabalho ao mercado. No Brasil, o conflito capital-trabalho é administrado politicamente para devolver o desacordo ao mercado. A conjuntura neoliberal não é externa ao capitalismo. É sua forma histórica aqui.

No governo Sarney, ainda marcado pelos escombros da ditadura e por uma transição institucional frágil, já se observava o esvaziamento dos direitos sociais recém-inscritos na Constituição de 1988. A retórica do Estado mínimo ganhava corpo. Três planos econômicos fracassados, inflação descontrolada e uma elite política hesitante não criaram as condições para a efetividade da nova ordem constitucional. Como destaca Nadine Henn (2025), as formas de contratação que se proliferavam naquele momento – terceirização informal, cooperativas fraudulentas, vínculos precários – sequer encontravam guarida no texto constitucional.

Com Collor, o primeiro presidente eleito após a ditadura, a promessa de modernização se materializou como uma abertura econômica abrupta e desastrosa. A Lei 8.949/1994, aprovada já no governo Itamar Franco, afastou o vínculo empregatício entre cooperativas e cooperados, institucionalizando a terceirização disfarçada e inaugurando juridicamente a era da flexibilização. Nenhuma política compensatória veio no encalço. O trabalhador foi lançado à lógica de mercado como um “recurso” descartável, ajustável, adaptável.

O governo Fernando Henrique Cardoso, talvez o mais fiel executor do receituário neoliberal, institucionalizou a flexibilização como política de Estado. As reformas promovidas em nome da empregabilidade criaram uma nova gramática do trabalho: contratos atípicos, subcontratação, informalidade regulada e erosão sindical. Segundo Dari Krein (2018), foi neste período que se consolidaram as chamadas flexibilizações numérica, funcional e salarial — cada uma delas, a seu modo, deslocando o centro de gravidade da proteção jurídica para a autonomia fictícia do trabalhador.

Com Lula, houve um breve respiro. A valorização do salário mínimo, a formalização via programas como o Microempreendedor Individual (MEI), (Lei Complementar 128/08), e os investimentos sociais como Bolsa Família e Luz para Todos deram novo fôlego ao trabalho formal. Mas os marcos da flexibilização não foram desfeitos. A lógica da conciliação com o mercado impôs limites. O próprio MEI, celebrado como instrumento de inclusão, se tornou símbolo da responsabilização individual do trabalhador por sua própria sobrevivência — uma espécie de “empreendedorismo por necessidade” mascarado de autonomia, como já apontava Filgueiras (2020), e como Nadine Henn (2025) também analisa.

É importante ressaltar que essas reformas também partem de uma conjuntura colonial, ao se relacionarem com uma lógica neoliberal, fonte de pressões capitalistas nas estruturas coloniais anteriormente herdadas. Isso é muito forte na adesão do Brasil às políticas monetárias do Fundo Monetário Internacional (FMI), que também exerceram forte influência na conformidade das novas relações de trabalho, como evidencia Melges *et al.* (2022).

Dilma Rousseff herda um cenário de recessão e instabilidade política. Sua tentativa de ajuste fiscal em 2015, com medidas provisórias (MPs) como a MP 664 e a MP 665, que restringiram o acesso a benefícios como o auxílio-doença e o seguro-desemprego — significou uma guinada conservadora. A retórica da proteção deu lugar à racionalidade do arrocho. As medidas atingiram justamente os trabalhadores mais vulneráveis, confirmando que a lógica da flexibilização não é apenas econômica, mas política e seletiva.

Após 2016, que destituiu Dilma, esse caminho se aprofunda. Com Michel Temer, a ruptura se torna declarada: Lei n.º 13.429/2017 (terceirização irrestrita) e Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Ambas têm como efeito direto a desconstitucionalização do direito do trabalho. Negociações coletivas passam a se sobrepor à lei; o vínculo de emprego é relativizado; o contrato passa a operar sob o signo do formalismo civil. Como descreve Roseniura Santos (2021), o direito do trabalho é empurrado para fora da Constituição de 1988.

No governo Bolsonaro, o projeto se radicaliza. A MP n.º 905/2019, que institui o “contrato verde e amarelo”, reduz ainda mais os custos de demissão, estimula a pejetização e incentiva jornadas aos domingos e feriados. Ainda que essa medida tenha caducado, sua lógica permanece viva: transferir para o trabalhador todos os riscos da relação laboral.

Como destaca a dissertação de Henn, há aqui um clímax da supressão do diálogo social, substituído por uma lógica unilateral, imposta e tecnocrática.

O discurso da modernização se fez, em cada governo, escudo para o desmonte. De Sarney a Bolsonaro, o que se vê é a consolidação de um modelo dual de mercado de trabalho: a formalidade para poucos, a informalidade regulada para muitos. A suposta liberdade de empreender e contratar não é exercida em um plano de igualdade, mas sob os mesmos alicerces coloniais que desde sempre hierarquizaram o valor da força de trabalho.

A conjuntura atual, portanto, não é uma exceção histórica, e sim segue o fio do colonialismo, como colocado por Quijano, que fala da sua longa permanência nas instituições da América Latina (2005, p. 43). É a continuidade racional e planejada de um processo que buscou, desde a redemocratização, limitar o alcance efetivo do direito do trabalho, ainda moldado por uma ótica e estrutura colonial. A Constituição de 1988, embora ainda viva no plano simbólico, vai sendo desidratada em cada decisão judicial, em cada reforma legislativa, em cada voto que sacrifica a dignidade do trabalho em nome da competitividade, tal qual a economia colonial já determinava. O que está em jogo é mais do que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). É o próprio sentido da cidadania social no Brasil.

2.2 O ACONTECIMENTO: DECISÕES QUE CONSAGRAM A EROSÃO

Nos tribunais, a história raramente se apresenta como tal. Ela chega disfarçada de jurisprudência, de princípio de eficiência, de racionalidade econômica. No caso do direito do trabalho brasileiro, o enredo é o mesmo: a cada julgamento, a promessa de equilíbrio entre liberdade contratual e proteção social; a cada voto, mais um capítulo do processo de desconstitucionalização da dignidade do trabalho. A transição brasileira ao capitalismo preservou o padrão senhorial e a dependência externa, o que desloca custos para o trabalho e comprime a negociação coletiva.

Talvez o marco mais simbólico dessa mutação institucional seja o julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e do Recurso Extraordinário (RE) 958252, em 2018, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por 7 votos a 4, o STF decidiu pela licitude da terceirização em qualquer atividade, inclusive a atividade-fim. O que antes era vedado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), agora foi legitimado como “modernização”. A decisão consagrou, como lembra Nadine Henn (2025), uma jurisprudência que inverteu a hierarquia normativa da Constituição: o mercado passou a reger o texto constitucional, e não o contrário.

Os argumentos favoráveis à terceirização se ancoraram em uma retórica familiar: a “necessidade de adaptação à lógica do mercado global”, a “geração de empregos”, o “combate ao desemprego estrutural”. A realidade, no entanto, é mais crua: os dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) indica que os trabalhadores terceirizados, em média, recebem 23,4% menos do que os trabalhadores contratados diretamente, trabalham três horas a mais por semana e enfrentam maior rotatividade e instabilidade (DIEESE, 2017). Há, então, um claro conflito entre capital e trabalho, que é, ainda, reforçado pela ótica neoliberal presente nas estruturas institucionais.

Em 2020, novas decisões reforçaram esse quadro. Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) que questionavam a Lei 13.429/2017, o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, foi explícito: as decisões judiciais deveriam ser consequencialistas, voltadas às “demandas econômicas”. O constitucionalismo social da Carta de 1988 cedeu lugar à jurisprudência de conveniência. Não há espaço para dissonância. Como aponta Pessanha (2024), o STF passou a operar sob uma lógica de fechamento: naturaliza desigualdades, bloqueia resistências e acolhe apenas os argumentos que dialogam com a racionalidade do capital.

Esses julgados não são pontuais. Eles são sintomas. São o acontecimento que manifesta, com nitidez, aquilo que a conjuntura já vinha preparando: a corrosão institucional do direito do trabalho como norma de proteção. A ADPF 324 e RE 958252 legitimam terceirização ampla e invertem a hierarquia normativa em nome da eficiência. Efeito distributivo mensurável: terceirizados ganham menos e trabalham mais. As Cortes, especialmente o STF, passaram a funcionar como instrumentos de legitimação da flexibilização, não como contrapesos constitucionais. A tese da “livre iniciativa” foi promovida a dogma. A do “valor social do trabalho”, rebaixada a anacronismo. Essa guinada judicial é acompanhada, e estimulada, por uma série de reformas legislativas que atuam na mesma direção. A Reforma Trabalhista de 2017, aprovada no governo Temer, alterou mais de cem dispositivos da CLT. Introduziu o trabalho intermitente, reforçou a negociação coletiva em detrimento da lei, fragilizou a atuação sindical e, acima de tudo, redefiniu o contrato de trabalho como instrumento de autonomia jurídica entre partes “iguais”, quando, de fato, não o são.

A MP n.º 905/2019, embora não convertida em lei, expôs a face mais brutal do projeto: contratos com menos encargos, menos garantias, mais horas, menos direitos. Sob a narrativa do “primeiro emprego” e da “inclusão jovem”, o que se ofertava era uma porta de entrada para a precariedade. Os acontecimentos, julgados, reformas, decretos, são peças móveis de uma engrenagem que opera há décadas. Eles são a superfície visível da articulação entre conjuntura e estrutura. Na conjuntura, temos a naturalização do discurso da flexibilização, a captura institucional e a hegemonia de uma racionalidade jurídica neoliberal. Na estrutura, o que sustenta essa lógica é o imaginário colonial do trabalho enquanto submissão, o desprezo pela proteção como valor público, e a concepção senhorial de que o vínculo entre capital e força de trabalho deve ser regulado pelo poder, não pela equidade.

Essa tríade se fecha como um circuito: (a) a estrutura colonial fornece o código genético: o trabalho como subserviência, o trabalhador como sujeito substituível; (b) a conjuntura neoliberal atualiza esse código: transforma-o em linguagem jurídica, em política pública, em técnica; e (c) o acontecimento jurídico consagra e perpetua a ordem: legitima a desigualdade, reprime a resistência, sentencia a normalidade da precariedade.

Ao final, o direito do trabalho brasileiro não está apenas sendo desmontado. Ele está retornando à sua origem: um campo de gestão da desigualdade, cuidadosamente travestido de neutralidade institucional. E a pergunta que resta, a mais incômoda de todas,

não é se haverá resistência. Mas se ela ainda encontrará abrigo dentro das instituições que, um dia, prometeram proteção.

3. RESULTADOS

O objetivo deste estudo é simples na forma e desafiador no conteúdo: o direito do trabalho no Brasil não é apenas um conjunto de normas em disputa, mas a manifestação jurídica de uma lógica histórica persistente. Uma lógica colonial, que sobreviveu à abolição, atravessou a República, se adaptou ao neoliberalismo e se cristalizou nas instituições contemporâneas. As decisões recentes das Cortes Superiores, que desconstituem direitos em nome da livre iniciativa e da modernização econômica, não são fatos isolados. Na realidade, constituem desdobramentos articulados com uma conjuntura de corrosão institucional, que, por sua vez, é sustentada por uma estrutura histórica de exclusão. Nesse percurso, o direito do trabalho deixa de ser um instrumento de emancipação para se tornar um artefato de gestão da desigualdade.

Na base dessa engrenagem está o colonialismo como racionalidade fundadora. O Brasil se constituiu como sociedade cuja organização produtiva nasceu da exploração compulsória da força de trabalho. E mesmo quando essa exploração passou a vestir-se de contratos e registros formais, ela não perdeu sua essência: o trabalho continua sendo administrado como custo, e o trabalhador, como variável descartável, sobretudo quando olhamos pelo viés racial, onde há claramente um recorte de que tipo de trabalho deve ser pouco valorizado e desprotegido.

Essa permanência é o que Aníbal Quijano (2005, p. 30) chamou de colonialidade do poder a continuidade das hierarquias e formas de dominação colonial mesmo após o fim formal das colônias. No Brasil, essa colonialidade se expressa no direito do trabalho pela seletividade da proteção, pela fragilidade do vínculo, pela ficção da autonomia contratual e pela criminalização implícita da organização coletiva.

Ao longo de todos os governos pós-ditadura, vimos esse padrão se repetir com variações de intensidade. Sarney silenciou a Constituição social. Collor e Itamar consolidaram a lógica da flexibilização. Fernando Henrique formalizou o neoliberalismo como política de Estado. Lula e Dilma, ainda que tenham expandido o emprego e a renda, optaram por administrar o conflito, não desestruturar o modelo. Temer e Bolsonaro, por fim, radicalizaram o desmonte, sob o aplauso das elites e com a chancela do Judiciário.

Nada disso aconteceu ao acaso. A máquina foi lubrificada historicamente. O Estado brasileiro nunca deixou de operar, em alguma medida, como instrumento de contenção do trabalho enquanto direito, e de organização do trabalho enquanto subordinação. O colonialismo não apenas fundou essa lógica: ele a atualiza diariamente, em cada decisão que sacrifica proteção em nome da eficiência, em cada sentença que transforma vulnerabilidade em escolha.

O que está em curso, portanto, não é um mero ajuste institucional. É um processo de reinscrição da colonialidade no núcleo normativo da república. E isso não pode ser

combatido apenas com reformas legais ou discursos técnicos. Requer uma crítica radical, no sentido mais profundo do termo: ir à raiz.

Se o direito do trabalho quiser, de fato, se tornar uma linguagem de emancipação e não de submissão, ele terá que romper com suas origens coloniais. Terá que reconhecer o conflito, revalorizar a proteção e reescrever o lugar do trabalho na sociedade. Isso implica, sobretudo, entender que não há neutralidade possível quando as estruturas são desiguais desde a origem.

Afinal, como lembra Walter Benjamin, “Nunca houve um documento da cultura que não fosse simultaneamente um documento da barbárie”². O direito do trabalho brasileiro é ambos: e está na hora de decidir de qual lado da história ele pretende permanecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994**. Altera o art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre a inexistência de vínculo empregatício entre cooperativas e seus associados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 dez. 1994.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as Leis nº 6.019/1974, nº 8.036/1990 e nº 8.212/1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008**. Altera a Lei Complementar nº 123/2006, para instituir o Microempreendedor Individual (MEI). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 dez. 2008.

BRASIL. **Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014**. Altera as Leis nº 8.213/1991 e nº 10.876/2004, que dispõem sobre benefícios previdenciários. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 665, de 30 de dezembro de 2014**. Altera a Lei nº 7.998/1990, que regula o Programa de Seguro-Desemprego e o Abono Salarial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019**. Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e altera a legislação trabalhista. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2019.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 245.

BRAUDEL, Fernand. História e Ciências Sociais: a longa duração. **Revista de História**, v. 30, n. 62, p. 261, 30 Jun 1965. Acesso em: 2 mai 2025.

DE CASTRO GOMES, Angela Maria. **A invenção do trabalhismo**. 3. ed. Rio De Janeiro: Editora FGV, 2018.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Nota Técnica Número 172: Terceirização e precarização das condições de trabalho: Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>. São Paulo: DIEESE, Mar 2017. Acesso em: 9 mai 2025.

² BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 245.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil** : ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Globo, 2008.

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas Digitais, Uberização do Trabalho e Regulação no Capitalismo Contemporâneo. **Revista Contracampo**, v. 39, n. 1, 17 Abr 2020.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2008.

HENN, Nadine Tuane. **Da razão neoliberal à razão de decidir**: análise de julgados do TRT 10 sobre uberização. 2025. Dissertação em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2025.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social**, v. 30, n. 1, p. 77–104, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000100077-&lang-pt>.

MARCONDES, Renato Leite e colab. Muitos senhores com poucos escravos: estrutura de posse de cativos nas quatro regiões e no país. **Muitos escravos, muitos senhores**: escravidão nordestina e gaúcha no século XIX. Brasília: Editora UnB, 2016. p. 328.

MARQUES DA SILVA, João Victor. O déficit racial do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, v. 14, n. 2, p. 940–966, 1 Jun 2023. Acesso em: 19 set 2023.

MELGES, Fábio e colab. A Nova Precarização do Trabalho: um Mapa Conceitual. **Organizações & Sociedade**, v. 29, n. 103, p. 638–666, 1 dez. 2022.

PALHARES, José Vitor; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A colonialidade da organização e regulação do trabalho. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 3, p. 1924–1957, 1 Jul 2021. Acesso em: 9 mai 2025.

PESSANHA, Elina. **Ocupação BVPS Mulheres 2024 | Mulheres no STF**: direitos do trabalho, decisões dissonantes – ABET. Disponível em: <<https://abet-trabalho.org.br/ocupacao-bvps-mulheres-2024-mulheres-no-stf-direitos-do-trabalho-decisoes-dissonantes/>>. Acesso em: 9 mai 2025.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm>.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>.

SANTOS, Roseniura. **A reforma trabalhista brasileira e o projeto Doing Business**: influências do Banco Mundial. 1. ed. Curitiba: Appris Editora, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF 324**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em: 6 mai 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE 958252**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em: 6 mai 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 6 mai 2025.

VERSIANI, Flávio Rabelo; NOGUERÓL, Luiz Paulo Ferreira. **Muitos escravos, muitos senhores**: escravidão nordestina e gaúcha no século XIX. 1. ed. Brasília: Editora UnB, 2016. p. 329

JUIZ DE GARANTIAS E DIREITO SOCIOEDUCATIVO: UM NOVO PARADIGMA NA JUSTIÇA INFANTOJUVENIL

JUDGE OF GUARANTEES AND SOCIO-EDUCATIONAL LAW: A NEW PARADIGM IN JUVENILE JUSTICE

Beatriz de Lima Saes¹

RESUMO: O sistema processual penal brasileiro tem passado por reformulações para fortalecer as garantias individuais e a imparcialidade judicial. A criação do juiz de garantias, prevista na Lei n.º 13.964/2019, busca separar as funções de supervisão da investigação e de julgamento, evitando a contaminação do juízo decisório. No Direito Socioeducativo, esse instituto atua como instrumento de proteção integral a adolescentes em conflito com a lei. A análise baseia-se em pesquisa teórico-documental, com foco na legislação, doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Observa-se que o juiz de garantias contribui para um processo mais justo e equilibrado, embora enfrente desafios como a escassez de magistrados e resistência institucional. No âmbito socioeducativo, evita arbitrariedades e assegura medidas adequadas à fase de desenvolvimento dos adolescentes. Sua implementação é fundamental para um sistema mais imparcial e comprometido com os princípios constitucionais, exigindo, contudo, mudanças estruturais e culturais no Judiciário.

Palavras-chave: Direito Socioeducativo; Juiz de Garantias; Proteção Integral.

Abstract: The Brazilian criminal procedural system has undergone reforms to strengthen individual guarantees and judicial impartiality. The creation of the investigating judge, established by Law No. 13,964/2019, aims to separate the functions of overseeing investigations and rendering judgments, preventing bias in decision-making. In the context of juvenile justice, this mechanism serves as a tool to ensure the full protection of adolescents in conflict with the law. The analysis is based on theoretical and documentary research, focusing on legislation, legal scholarship, and rulings from the Supreme Federal Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ). The investigating judge contributes to a fairer and more balanced process, despite challenges such as a shortage of judges and institutional resistance. In juvenile justice, it helps prevent arbitrariness and ensures measures appropriate to the developmental stage of adolescents. Its implementation is essential for a more impartial system aligned with constitutional principles, although it requires structural and cultural changes within the judiciary.

Keywords: Full Protection; Guarantee Judge; Socio-educational Law.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de justiça brasileiro tem passado por transformações significativas nas últimas décadas, tendo o objetivo de aprimorar a imparcialidade judicial, além de garantir o respeito aos direitos fundamentais e promover um equilíbrio mais justo entre as partes no processo penal. A introdução do juiz de garantias pela Lei n.º 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, representa um marco importante na busca por um sistema processual mais alinhado aos princípios constitucionais do devido processo legal e da impar-

¹ Advogada especialista em Ciências Criminais pela Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, Ribeirão Preto/SP, Brasil. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP), São Paulo/SP, Brasil. Professora das redes públicas paulista e paulistana. E-mail: advogadabeatrizsaes@gmail.com

cialidade. Este instituto, inspirado em modelos internacionais, visa separar as funções de supervisão da investigação criminal e de julgamento, evitando a contaminação do juízo decisório por influências indevidas decorrentes do envolvimento direto na fase investigativa.

O presente artigo tem como objetivo analisar a implementação do juiz de garantias no sistema de justiça brasileiro, com foco em sua aplicação no âmbito do Direito Socioeducativo. A pesquisa busca compreender como esse instituto pode contribuir para a proteção integral de adolescentes em conflito com a lei, garantindo maior imparcialidade e respeito aos seus direitos fundamentais durante a fase investigativa e processual. Para tanto, adota-se uma metodologia de análise teórico-documental, com base na legislação vigente, na doutrina especializada e em decisões judiciais relevantes, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF).

Os resultados indicam que, embora a implementação do juiz de garantias represente um avanço na consolidação de um processo penal mais justo e equilibrado, sua efetivação enfrenta desafios estruturais e culturais significativos, como a falta de magistrados, a resistência institucional e a necessidade de adaptação do sistema judiciário. No contexto do Direito Socioeducativo, o juiz de garantias emerge como um paradigma promissor para assegurar a proteção integral dos adolescentes, evitando arbitrariedades na fase investigativa e promovendo medidas socioeducativas mais adequadas à sua condição peculiar de desenvolvimento.

A organização da pesquisa está estruturada em três seções principais. Na primeira, discute-se o papel do juiz de garantias no sistema de justiça brasileiro, com ênfase em sua contribuição para a imparcialidade judicial e o devido processo legal. Posteriormente, aborda-se o Direito Socioeducativo, destacando os princípios da proteção integral e da pedagogia da ressocialização. Por fim, analisa-se a aplicação do juiz de garantias como paradigma para o Direito Socioeducativo, explorando seus desafios e potencialidades na garantia dos direitos fundamentais de adolescentes em conflito com a lei. Estima-se que este trabalho contribua para o debate sobre a efetivação de um sistema de justiça mais justo e equânime, alinhado aos princípios constitucionais e aos direitos humanos e cujo enfoque ilumine a peculiaridade do direito socioeducativo.

2. O JUIZ DE GARANTIAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

O sistema processual penal brasileiro tem passado por constantes reformulações com o objetivo de fortalecer as garantias individuais e aprimorar a equidistância entre as partes no curso da persecução penal. Nesse contexto, a implementação do juiz de garantias surge como uma medida essencial para assegurar maior imparcialidade no julgamento, separando as funções de supervisão da investigação criminal e da apreciação do mérito da causa. Conforme destacado por Devechi, a introdução do juiz das garantias visa reforçar a imparcialidade judicial e proteger os direitos fundamentais dos acusados².

2 DEVECHI, Júlio César Craveiro. O Juiz das Garantias na Visão do STF: Análise do Instituto à Luz do Julgamento das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. **Revista Ejud**, Edição 20, out.-nov. 2023, p. 54-55.

A introdução do juiz de garantias no Brasil está em sintonia com tendências observadas em outros ordenamentos jurídicos, particularmente na Europa continental e na América Latina. Modelos semelhantes já foram integrados na justiça de países como Espanha, França e Argentina, nos quais a função do juiz é dividida para evitar a contaminação do juízo de instrução pela atuação investigativa³.

No Brasil, o instituto foi introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) com a finalidade de aprimorar o respeito aos direitos fundamentais e consolidar a imparcialidade do magistrado, evitando influências indevidas decorrentes do envolvimento direto na fase investigativa, além de promover maior lisura durante o inquérito policial.

A evolução do sistema processual penal brasileiro está atrelada à necessidade de harmonização entre eficácia repressiva e garantia de direitos⁴. A Constituição Federal de 1988 preconiza princípios como o devido processo legal e o contraditório, proporcionando a base para reformas futuras.

A divisão funcional entre magistrados emerge como solução para consolidar a imparcialidade na fase de instrução e julgamento. A atuação do juiz de garantias está disciplinada nos artigos 3-A a 3-F do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019.

O juiz de garantias é o magistrado responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, sem interferir na fase de julgamento. Atua na fase pré-processual, decidindo sobre medidas cautelares, pedidos de prisão e interceptações telefônicas, e supervisiona as investigações para que observem os ditames constitucionais e legais. O artigo 3-B do CPP delinea suas principais atribuições, destacando-se a autorização de buscas e apreensões, decretação de sigilos processuais, bem como a fiscalização da colheita probatória.

2.1 IMPARCIALIDADE JUDICIAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A imparcialidade judicial constitui um dos pilares essenciais do Estado Democrático e de Direito, sendo pressuposto inegociável para a efetivação da justiça. A garantia de um magistrado equidistante das partes e alheio a influências externas assegura que o julgamento ocorra dentro dos limites normativos e sem favorecimentos indevidos.

A ausência de parcialidade não se restringe ao desinteresse pessoal do julgador, pois abrange a necessidade de que sua atuação seja conduzida com neutralidade desde a fase investigativa até a decisão final, uma vez que “não basta que o juiz seja imparcial; é fundamental que também pareça imparcial, pois a confiança pública na justiça depende dessa percepção”⁵.

3 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A Introdução do Juiz das Garantias no Brasil e o Inquérito Policial Eletrônico. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan.-abr. 2020, p. 150-160.

4 LOPES JR., Aury. Sistema Acusatório e o Juiz das Garantias: Elementos para uma Nova Cultura Processual. **Revista de Processo Penal**, v. 6, 2019, p. 240.

5 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 217.

A relação entre imparcialidade e devido processo legal está prevista na Constituição Federal de 1988, que estabelece a ampla defesa e o contraditório como elementos indispensáveis à persecução penal. O devido processo legal exige que todas as garantias individuais sejam respeitadas, impedindo que o Estado atue de forma arbitrária na condução do julgamento.

A imparcialidade judicial, nesse contexto, é condição para que o processo se desenvolva sem direcionamentos tendenciosos ou juízos de valor prévios. Assim, “a imparcialidade não se resume à conduta subjetiva do magistrado, mas também ao desenho institucional que impede sua contaminação por influências externas ou pelo contato precoce com a prova”⁶.

O artigo 3º-B do Código de Processo Penal alude acerca aprimorar a imparcialidade judicial ao separar a condução da investigação criminal da fase decisória. A referida distinção se alinha ao modelo acusatório, no qual a função do juiz é limitada à análise dos elementos apresentados pelas partes, sem interferência na coleta probatória.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade do instituto, ressaltou que a medida “busca reforçar a neutralidade do julgador, impedindo que a familiaridade com elementos investigativos comprometa sua isenção no julgamento”⁷.

Ao longo da história, a ausência de mecanismos para garantir a imparcialidade judicial resultou em práticas que comprometiam a integridade das decisões. O modelo inquisitório, predominante em diversos períodos, concentrava no magistrado tanto a função investigativa quanto a decisória, o que potencializava desvios interpretativos e restrições ao direito de defesa. A transição para um sistema acusatório exige que a imparcialidade seja resguardada estruturalmente, impedindo que o juiz exerça papéis incompatíveis com sua posição de terceiro imparcial. Neste diapasão:

A contaminação do juiz pelo contato prévio com a investigação conduz a um risco real de parcialidade, pois a familiaridade com elementos unilaterais pode influenciar sua percepção da causa. O sistema acusatório exige um afastamento estrutural entre a função investigativa e a decisória para evitar prejulgamentos⁸.

A imparcialidade judicial, portanto, é uma exigência normativa, e um fundamento essencial para a legitimidade das decisões proferidas no âmbito do processo penal. A consolidação de mecanismos que garantam a neutralidade do magistrado, como a implementação do juiz de garantias, representa um avanço significativo na busca por um sistema mais justo e equilibrado, no qual o devido processo legal não seja apenas uma formalidade, mas uma garantia efetiva de justiça.

Assim, a implementação do juiz de garantias visa reforçar as garantias constitucionais ao assegurar a imparcialidade do magistrado durante a fase investigativa. A figura su-

6 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal: Garantias Fundamentais e Estrutura Acusatória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 154.

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 2020. Disponível em: www.stf.jus.br.

8 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 320.

praticada se apresenta como um vetor de maximização do direito fundamental à jurisdição penal imparcial, alinhando-se aos preceitos do devido processo legal⁹.

1.2 IMPLEMENTAÇÃO FÁTICA NA ESTRUTURA JUDICIÁRIA BRASILEIRA

A implementação do juiz de garantias na estrutura judiciária brasileira representa um marco reformista no sistema processual penal, no entanto, sua efetivação enfrenta desafios estruturais, financeiros e institucionais, os quais dificultam a operacionalização desse modelo em um país com profundas desigualdades regionais no acesso à justiça.

O déficit de magistrados, a necessidade de reorganização da estrutura judiciária e os custos administrativos representam entraves substanciais para a aplicação uniforme desse instituto. A disparidade na distribuição da magistratura pelo território nacional evidencia um dos maiores desafios na implementação do juiz de garantias.

Há comarcas que possuem apenas um juiz responsável por toda a atividade jurisdicional, o que impossibilita a separação entre as funções de supervisão da investigação e julgamento. Segundo Barros: “[...] a ausência de uma estrutura homogênea no Judiciário compromete a aplicação isonômica do juiz de garantias, criando um cenário de insegurança jurídica quanto à sua viabilidade prática”¹⁰.

A mitigação desta problemática pressupõe a criação de varas regionais de garantias, solução que, embora viável, exige significativa adaptação legislativa e orçamentária. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) foi pioneiro ao estabelecer a primeira Vara Regional de Garantias em dezembro de 2023, com planos de implantar 17 unidades até 2025.

A resistência institucional também é um fator determinante para os desafios de implementação porque parte da magistratura tem se posicionado contra o juiz de garantias, argumentando que sua adoção aumentaria a burocratização do processo penal, demandaria investimento público em educação continuada e comprometeria a celeridade processual¹¹, uma vez que a necessidade de um segundo magistrado para atuar na fase investigativa poderia resultar em atrasos na tramitação dos processos, mormente em regiões com déficit de juízes. Contudo:

A celeridade processual, embora desejável, não pode ser alcançada à custa da violação de garantias fundamentais. Um processo rápido, mas injusto, não serve aos propósitos do Estado Democrático de Direito, que exige, acima de tudo, o respeito à dignidade da pessoa humana e à imparcialidade do julgador¹².

9 MELO, G. C. de. (2023). **O juiz de garantias como vetor de maximização do direito fundamental à jurisdição penal imparcial**: reflexões à luz da epistemologia e da psicologia cognitiva. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Ceará. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/73644>.

10 BARROS, João. **Garantias processuais e imparcialidade judicial no Brasil**. São Paulo: Editora Fórum, 2022. p. 134.

11 MINAGÉ, Frederico. Juiz das garantias, cultura das audiências e resistência. **Consultor Jurídico**, 6 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-06/minage-juiz-garantias-cultura-audiencias-resistencia/>.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito Processual Penal**. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 78.

Do ponto de vista jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado papel central na definição da aplicabilidade do juiz de garantias. No julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 6.298, o Tribunal suspendeu a implementação imediata do instituto sob a justificativa de que sua aplicação demandaria adaptações estruturais complexas. Entretanto, ao reconhecer a constitucionalidade da medida, o STF consolidou a legitimidade da reforma e reforçou a necessidade de sua regulamentação detalhada¹³.

Outrossim, além dos desafios estruturais e institucionais, a implementação do juiz de garantias exige uma mudança na cultura jurídica brasileira, tradicionalmente marcada por um viés inquisitivo e por uma centralização das funções judiciais. O sistema inquisitório, que historicamente conferiu ao magistrado amplos poderes na condução da investigação e do julgamento, ainda influencia práticas processuais, dificultando a assimilação de um modelo em que o juiz se mantém afastado da fase investigativa.

A mudança de paradigma não se limita à esfera normativa, vez que limitar-se meramente a esta imputa risco de ineficácia fática, estendendo-se à transmutação de ideais enraizados na sociedade brasileira. Por conseguinte:

A resistência à figura do juiz de garantias não se restringe a questões logísticas ou orçamentárias; ela reflete uma tensão mais profunda entre o modelo inquisitivo, ainda presente em muitas práticas judiciais, e o modelo acusatório, que busca garantir maior equilíbrio entre as partes. A adoção do juiz de garantias exige que os operadores do direito abandonem a ideia de que o juiz deve ser um agente ativo na busca da verdade real e passem a enxergá-lo como um garantidor da legalidade e da imparcialidade. Essa transição não é trivial, pois implica em uma reavaliação de valores e práticas que estão enraizados há décadas no sistema jurídico brasileiro¹⁴.

Dessa forma, embora os desafios de implementação sejam significativos, a adoção do juiz de garantias representa um avanço necessário na consolidação de um processo penal mais justo, equilibrado e legítimo, tendo em vista que a imparcialidade do magistrado não deve ser tratada como uma concessão administrativa, e sim como um direito fundamental do acusado e um requisito essencial para a legitimidade das decisões judiciais e à observância do devido processo legal.

3. DIREITO SOCIOEDUCATIVO, PROTEÇÃO INTEGRAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A noção de proteção integral, enquanto eixo central das políticas públicas e da legislação infanto-juvenil, tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sobretudo em seu artigo XXV, que preconiza o direito de todos a manterem um

13 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2023.

14 AZEVEDO, Luiz Carlos de. **A Reforma do Processo Penal e o Juiz de Garantias**. São Paulo: Editora Jurídica, 2019, p. 45.

padrão condizente com o desenvolvimento vital satisfatório¹⁵. Ao consagrar a dignidade humana como princípio basilar, o referido diploma legal influenciou diretamente a construção de marcos legais subsequentes, como a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que reforçou a necessidade de proteção especial a esse grupo etário¹⁶.

No direito doméstico, a Constituição Federal de 1988 incorporou tais preceitos ao estabelecerem seu artigo 227 a doutrina da proteção integral, instituto que representa um avanço significativo na interpretação dos direitos infanto-juvenis, ao reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, merecedores de atenção prioritária e integral¹⁷.

A proteção integral, portanto, constitui-se como um princípio indissociável do Direito Socioeducativo, ao exigir que o Estado e a sociedade atuem de forma conjunta para garantir o pleno desenvolvimento físico, emocional e social de crianças e adolescentes, cuja efetivação demanda a superação de desafios estruturais, como a desigualdade social e a violência institucional¹⁸. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei nº 8.069/1990, é o marco normativo no ordenamento jurídico brasileiro ao regulamentar o princípio da proteção integral, assumindo um papel central na garantia dos direitos fundamentais de adolescentes em conflito com a lei, reconhecendo-os como sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Os direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei são assegurados por meio de um sistema jurídico que prioriza a pedagogia da ressocialização em detrimento da mera punição, pois:

Pedagogia da ressocialização é um processo educativo que visa a reintegração social de indivíduos marginalizados, por meio de práticas pedagógicas que promovem a reflexão crítica, a construção de autonomia e a superação de estigmas, permitindo a reconstrução de projetos de vida em consonância com os valores da cidadania e da justiça social.¹⁹

A partir das diretrizes oriundas da proteção integral e da pedagogia da ressocialização, o artigo 112 do ECA prevê medidas cujo caráter é eminentemente educativo e visam à reinserção social do adolescente, enquanto pessoa em desenvolvimento e sua capacidade de transformação. As medidas são enviesadas para promover educação, reflexão e transformação social e individual, a fim de oportunizar ao menor possibilidades de amadurecimento e convivência em sociedade.

15 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

16 ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

18 COSTA, Livia de Souza; ASSIS, Simone Gonçalves de. Desafios na Implementação do Sistema Socioeducativo no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 45-62, 2021. Disponível em: <https://www.revista.uniceub.br/rbpb>.

19 FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

Neste ínterim, o artigo 121 do mesmo diploma legal é ímpar ao determinar que a privação de liberdade do menor infrator apenas será aplicada em casos excepcionais e regida pelo princípio da brevidade, e, ainda assim, quando aplicada deverá basear-se em um projeto pedagógico que promova a ressocialização²⁰.

Além das medidas socioeducativas, o ECA assegura outros direitos fundamentais aos adolescentes em conflito com a lei, reforçando o princípio da dignidade humana e da proteção integral. Entre esses direitos, destacam-se o direito à defesa técnica e ao devido processo legal (artigo 111), que garante acesso a um advogado desde a apreensão, assegurando o respeito às garantias processuais e a consideração das particularidades do adolescente; o direito à convivência familiar e comunitária (artigo 19), que preserva os vínculos afetivos e sociais, essenciais para a ressocialização; e o direito à educação e à profissionalização (artigos 53 e 62), que promovem a escolarização e a formação profissional como ferramentas de transformação e inclusão social.

Logo, a legislação doméstica estabelece um modelo jurídico que prioriza a educação e a ressocialização em detrimento da punição. No entanto, a concretização desses direitos depende tanto da aplicação coerente das normas quanto do compromisso ético e político com a transformação social e a garantia da dignidade humana, sendo que “o desafio do Direito Socioeducativo é transcender a lógica punitiva e construir um sistema que verdadeiramente eduque, proteja e reintegre os adolescentes em conflito com a lei”²¹.

4. JUIZ DE GARANTIAS ENQUANTO PARADIGMA PARA O DIREITO SOCIOEDUCATIVO

Conforme interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juiz de garantias é aplicado também aos procedimentos que envolvem atos infracionais a fim de alinhar a justiça juvenil aos princípios constitucionais e às garantias processuais. Assim, o juiz de garantias contribui para evitar arbitrariedades na fase investigativa, assegurando o respeito aos direitos do adolescente e garantindo que as medidas aplicadas sejam proporcionais e adequadas à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.²²

A maturação mental e cognitiva de crianças e adolescentes permanece em desenvolvimento, o que imputa na maior vulnerabilização deste grupo à obtenção de provas ilícitas, como as obtidas através de confissões forçadas, oitivas sem a presença de um defensor ou sem a devida notificação aos responsáveis, conforme previsto no artigo 111 do ECA.

Em razão da maior exposição a abusos e práticas ilegais, a função de supervisor probatório no âmbito dos atos infracionais figura como primordial para a promoção e efe-

20 PEREIRA, Ricardo S. **A Internação Socioeducativa no Brasil: Análise Crítica e Propostas de Melhoria**. 2022. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/>.

21 ALMEIDA, Fernanda R. **Direito Socioeducativo e a Proteção Integral: Desafios Contemporâneos**. 2021. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/>.

22 MENDONÇA, Ricardo. **Juiz de Garantias e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.55

tividade das prerrogativas constitucionais infantojuvenis ao oferecer lisura e cumprimento de procedimentos legais de inquérito. O juiz responsável pela fase de conhecimento terá menos influência de convicções e posicionamentos prévios formados na fase investigativa, eventualmente pautados em provas ilícitas, o que resulta em uma análise mais equilibrada e proporcional sobre a necessidade da medida socioeducativa a ser aplicada²³.

Outra mudança substancial proporcionada pela aplicação do juiz de garantias no direito socioeducativo é a proteção ampliada contra a seletividade penal, fenômeno reconhecido na criminologia crítica, cuja ocorrência compromete fatalmente o devido processo legal a imparcialidade. A própria sociedade corrobora com a seletividade penal, já que “o sistema penal é seletivo por natureza e tem sua estrutura baseada na criminalização de grupos vulneráveis, perpetuando desigualdades sociais e dificultando a reinserção dos jovens na sociedade”²⁴.

Em um contexto no qual adolescentes em situação de vulnerabilidade social são mais frequentemente alvos de abordagens policiais e processos judiciais, o juiz de garantias emerge como uma barreira institucional contra discriminações implícitas no sistema de justiça. A sua vocação probatória garante que apenas elementos colhidos de forma lícita e respeitosa aos direitos fundamentais integrem o conjunto probatório, promovendo um julgamento mais justo e equânime.

Por sua vez, os mecanismos de justiça restaurativa no âmbito do direito socioeducativo são ampliados em razão do juiz garantir que a investigação seja conduzida de forma ética e imparcial, imputando na redução da carga punitivista do sistema e, consequentemente, ampliando o espaço para práticas que priorizem o diálogo, a reparação do dano e a reintegração social do adolescente.

Além disso, torna-se incumbência do referido juiz fiscalizar o cumprimento da súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que determina que a internação provisória não pode ultrapassar quarenta e cinco dias, de modo a evitar que crianças e adolescentes fiquem internados por períodos excessivos sem decisão definitiva, prevenindo violações ao direito à liberdade e à duração razoável do procedimento.

O sistema em questão contribui para a redução do uso excessivo da internação, priorizando medidas socioeducativas em meio aberto, conforme preconizado pelo ECA, o que resulta no direcionamento do foco da medida socioeducativa justamente à sua razão de existir: educar e ressocializar. Da perspectiva estrutural, a implantação do juiz de garantias demanda inovações organizacionais no Poder Judiciário, como a criação de varas especializadas e a capacitação contínua dos magistrados, que se apresentam como medidas essenciais para assegurar que essa nova estrutura funcione de forma eficiente e sem comprometer a celeridade processual.

Nesse sentido, a articulação entre Defensoria Pública, Ministério Público, Conselhos Tutelares e órgãos de assistência social devem ser aprimoradas, garantindo que a pro-

23 SILVA, Carolina. **Garantias Processuais e Direitos dos Adolescentes no Sistema Socioeducativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 132

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.57

teção integral do adolescente ocorra de maneira integrada e interdisciplinar. Igualmente, a maior intersecção de saberes e esferas viabiliza o cumprimento eficaz do princípio da proteção integral.

As dificuldades enfrentadas para a implementação do sistema nas varas criminais são replicadas nas varas juvenis, bem como as soluções para superá-las e viabilizar a devida aplicação da legislação. Dessa forma, apenas por meio de investimento em educação continuada para capacitar especificamente juízes e assistentes, juntamente com os demais profissionais envolvidos na execução fática do juiz de garantias; e da organização estrutural das varas e órgãos que dialogam com o Poder Judiciário, além do fomento da conscientização acerca da imprescindibilidade da promoção e adoção deste modelo como paradigma; será honrado o preceito de proteção integral das crianças e adolescentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa confirma que o instituto de juiz de garantias representa uma mudança estrutural relevante, capaz de fortalecer a neutralidade do magistrado e assegurar o respeito aos direitos fundamentais durante a fase investigativa. Ao separar as atribuições de supervisão e julgamento, o modelo proposto evita vieses decorrentes do contato precoce com elementos probatórios, garantindo maior equilíbrio e transparência no processo penal.

No âmbito da justiça juvenil, a atuação do juiz de garantias mostra-se particularmente relevante para proteger adolescentes em conflito com a lei, pois o estudo destaca que o instituto contribui para coibir práticas abusivas na coleta de provas, assegurando que as medidas socioeducativas sejam aplicadas de forma coerente com o princípio da proteção integral. Ainda, sua implementação pode reduzir a influência de estereótipos e preconceitos que frequentemente permeiam o sistema, promovendo um tratamento mais equitativo e respeitoso às particularidades dessa fase de desenvolvimento.

No entanto, a concretização desse modelo enfrenta desafios consideráveis. A carência de recursos humanos e materiais, somada à resistência de setores do sistema judiciário, dificulta sua adoção plena. A superação desses obstáculos exige investimentos em infraestrutura e capacitação e uma transformação cultural que priorize a imparcialidade e a efetivação dos direitos fundamentais sobre práticas arraigadas no modelo inquisitivo.

Em síntese, o estudo demonstra que o juiz de garantias é um mecanismo essencial para aprimorar a justiça penal e socioeducativa, alinhando-as aos princípios constitucionais e aos direitos humanos, de modo que sua implementação, ainda que complexa, é um caminho necessário para assegurar um sistema mais justo, transparente e comprometido com a dignidade humana. Portanto, a efetivação desse modelo depende de um esforço conjunto que envolva reformas estruturais, formação continuada e um compromisso ético com a construção de uma justiça verdadeiramente democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Fernanda R. **Direito Socioeducativo e a Proteção Integral: Desafios Contemporâneos**. 2021. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/>. Acesso em 11 nov 2024.
- ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). **Julgamento com Perspectiva de Gênero. Um guia para o direito previdenciário**. Tani Maria Wurster e Clara da Mota Santos Pimenta Alves (coord.). Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2020. Disponível em: http://ajupe.org.br/images/pdf/CARTILHA__JULGAMENTO_COM_PERSPECTIVA_DE_GÊNERO_2020.pdf. Acesso em: 3 out 2024.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. **A Reforma do Processo Penal e o Juiz de Garantias**. São Paulo: Editora Jurídica, 2019, p. 45.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal: Garantias Fundamentais e Estrutura Acusatória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 154
- BARROS, Fábio. A estrutura do judiciário brasileiro e os desafios da implementação do juiz de garantias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 32, n. 4, p. 123-145, 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1. Região). Acórdão. Processo n. 0010051-48.2015.5.01.0501. Recurso Ordinário Trabalhista. 7ª Turma. Relatora: Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. 18 jan. 2016. Rio de Janeiro, [2016]. Disponível em: <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010051-48.2015.5.01.0501/2#b68238f>. Acesso em: 14 out. 2024.
- COSTA, Livia de Souza; ASSIS, Simone Gonçalves de. Desafios na Implementação do Sistema Socioeducativo no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 45-62, 2021. Disponível em: <https://www.revista.uniceub.br/rbpp>. Acesso em 06 dez. 2024.
- CRENSHAW, Kimberlé W. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. In: **VV.AA. Cruzamento: raça e gênero**. v. 1, n. 1, p. 7-16, Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, ONU Brasil, Brasília, 2004.
- DEVECHI, Marcelo. A evolução do sistema acusatório e a implementação do juiz de garantias no Brasil. **Revista de Processo Penal**, v. 5, n. 2, p. 201-225, 2020.
- FERREIRA, João Carlos. **Garantias processuais e o sistema penal brasileiro: desafios e perspectivas**. São Paulo: Editora Jurídica, 2019.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 60. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito Processual Penal**. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 78.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal e garantismo: fundamentos e aplicações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A Introdução do Juiz das Garantias no Brasil e o Inquérito Policial Eletrônico. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan.-abr. 2020, p. 150-160
- LOPES JR., Aury. Sistema Acusatório e o Juiz das Garantias: Elementos para uma Nova Cultura Processual. **Revista de Processo Penal**, v. 6, 2019, p. 240.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MELO, G. C. de. (2023). **O juiz de garantias como vetor de maximização do direito fundamental à jurisdição penal imparcial: reflexões à luz da epistemologia e da psicologia cognitiva**. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

tação de Mestrado, Universidade Federal do Ceará. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/73644> Acesso em: 29 nov. 2024.

MENDONÇA, Ricardo. Juiz de Garantias e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2021. p. 55

MINAGÉ, Frederico. **Juiz das garantias, cultura das audiências e resistência**. *Consultor Jurídico*, 6 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-06/minage-juiz-garantias-cultura-audiencias-resistencia/> Acesso em 02 dez. 2024. MORAES, Alexandre de. *Direitos fundamentais e garantias constitucionais no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2020.

OIT. **Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho**. Genebra, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_750461.pdf. Acesso em: 11 jan 2025.

PEREIRA, Ricardo S.A **Internação Socioeducativa no Brasil: Análise Crítica e Propostas de Melhoria**. 2022. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/>. Acesso em 16 out. 2024.

SILVA, Carolina. **Garantias Processuais e Direitos dos Adolescentes no Sistema Socioeducativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 132

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=6298>. Acesso em: 10 dez. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Criação da primeira Vara Regional de Garantias**. Boletim Informativo, 2023. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/boletim/vararegional2023>. Acesso em: 5 dez. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

VIOLÊNCIAS DE GÊNERO FACILITADAS PELA TECNOLOGIA: A URGÊNCIA DA EDUCAÇÃO NA PROTEÇÃO DE MENINAS EM CONTEXTO ESCOLAR

GENDER-BASED VIOLENCE AND TECHNOLOGY: THE
URGENCY OF EDUCATION IN THE PROTECTION OF SCHOOL-
AGE GIRLS

Ana Luíza Nogueira Braga¹

Resumo: Este artigo analisa as violências de gênero mediadas pela tecnologia no ambiente escolar, com ênfase nas meninas em idade escolar. A partir de uma abordagem qualitativa e documental, o estudo investiga como essas formas de violência — muitas vezes invisibilizadas por não deixarem marcas físicas — comprometem a dignidade, a liberdade e o direito à educação de meninas brasileiras. Com base em dados oficiais, relatos pedagógicos e materiais de formação, a pesquisa examina os limites e as possibilidades do sistema jurídico brasileiro diante dessas novas configurações de agressão. Tomando como referência a Lei nº 13.431/2017 (Lei da Escuta Protegida) e o Decreto nº 9.603/2018, discute-se o papel da escola como espaço estratégico de prevenção, acolhimento e resposta às violências digitais. A relevância do trabalho está na articulação entre os campos do Direito, da educação e da proteção integral da infância, oferecendo subsídios para políticas públicas e práticas escolares comprometidas com a justiça social e a promoção de um ambiente educativo seguro para todas as meninas.

Palavras-Chave: Violência de gênero; Violência digital; Direito à educação; Lei da Escuta Protegida.

Abstract: This article analyzes gender-based violence mediated by technology within the school environment, focusing particularly on school-age girls. Using a qualitative and documentary approach, the study explores how these often invisible, non-physical forms of violence affect girls' dignity, freedom, and right to education in Brazil. Based on official data, pedagogical reports, and training materials, the article examines the limitations and potential of the Brazilian legal framework in addressing such cases. Drawing from Law No. 13.431/2017 (Protected Hearing Law) and Decree No. 9.603/2018, the discussion highlights the strategic role of schools in preventing and responding to digital gender violence. The relevance of this work lies in its interdisciplinary connection between law, education, and child protection, contributing to public policy and school practices aimed at ensuring a safe and just educational environment for all girls.

Keywords: Gender-based violence; Digital violence; Right to education; Protected Hearing Law.

1. INTRODUÇÃO

A violência de gênero, longe de ser um fenômeno novo, vem ganhando contornos cada vez mais complexos com o avanço das tecnologias digitais — especialmente no cotidiano de crianças e adolescentes. Entre os alvos mais vulneráveis, destacam-se meninas em idade escolar, cujas experiências de violência se estendem do ambiente físico ao virtual. No espaço digital, elas são expostas a práticas como controle abusivo de redes sociais,

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), com formação superior na área de Tecnologia da Informação e experiência prática de estágio em ramos do Ministério Público da União (militar, trabalhista e federal). Integrante de projetos de extensão da FD/UnB voltados à educação popular em direitos humanos. E-mail para contato: analuizanb3@gmail.com.

monitoramento de dispositivos, assédio online e a já alarmante divulgação não autorizada de imagens íntimas. Esse panorama revela uma contradição preocupante: a escola, que deveria ser um espaço de acolhimento, aprendizado e segurança, muitas vezes acaba sendo palco — ou ao menos cúmplice silenciosa — da reprodução dessas violências.

Apesar de sua frequência e gravidade, a violência digital contra meninas permanece, em grande parte, negligenciada pelas instituições. Há uma evidente defasagem na forma como escolas, órgãos públicos e até mesmo o sistema de justiça reconhecem e enfrentam esse tipo de agressão. Frequentemente, por não deixarem marcas visíveis ou por escaparem das definições tradicionais de violência, esses episódios são minimizados, quando não completamente ignorados. Como consequência, muitas meninas vêm-se duplamente violentadas: primeiro pelos agressores, depois pela omissão institucional. Essa negligência só aprofunda desigualdades já marcadas por recortes de raça, classe social e território.

Diante desse cenário, surge uma questão urgente: como o Direito — e mais especificamente a Lei nº 13.431/2017, conhecida como Lei da Escuta Protegida — pode atuar frente às novas expressões da violência digital que afetam meninas no contexto escolar? Essa legislação estabelece diretrizes para um atendimento mais humano e integrado a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, com o objetivo de evitar a revitimização e assegurar uma proteção mais ampla de seus direitos. No entanto, sua aplicação prática frente às dinâmicas interseccionais e virtuais da violência ainda demanda reflexão e aprofundamento.

Este artigo se propõe a analisar essa problemática por meio de uma lente interseccional, aliando os conceitos de proteção jurídica à compreensão dos múltiplos marcadores sociais que atravessam essas experiências. A pesquisa se apoia em metodologia qualitativa e documental, utilizando como base textos legais, materiais pedagógicos e dados de instituições reconhecidas. A intenção é oferecer ferramentas que permitam uma atuação mais sensível, articulada e eficaz na luta por uma educação verdadeiramente livre de violência e pela promoção da equidade.

2. BASES CONCEITUAIS PARA COMPREENDER A VIOLÊNCIA CONTRA MENINAS

2.1. VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA DIGITAL

A violência de gênero direcionada a meninas durante a infância e adolescência representa uma das formas mais severas de violação de direitos humanos. Trata-se de uma agressão que atinge, simultaneamente, os aspectos físico, emocional e cognitivo de indivíduos em pleno processo de formação, uma fase de extrema vulnerabilidade e de importância decisiva para o desenvolvimento pessoal. Essas violências podem assumir diversas formas: física, psicológica, moral, sexual, patrimonial e, cada vez mais frequentemente, digital. Todas, no entanto, têm origem comum em estruturas de poder desiguais entre os

gêneros, moldadas por normas culturais e sociais que historicamente relegam o feminino a uma posição subalterna.

Meninos e meninas vivenciam violências de formas distintas, influenciadas por normas sociais de gênero. Enquanto meninos sofrem mais punições corporais e são ensinados a suportá-las como sinal de masculinidade, meninas enfrentam principalmente violência sexual, assédio e abusos psicológicos, muitas vezes praticados por colegas e professores. Após a puberdade, são ainda mais expostas a repressões e culpabilizações por comportamentos considerados inadequados. Em muitos contextos, essas agressões são toleradas ou justificadas socialmente, dificultando denúncias — sobretudo em ambientes onde normas culturais estigmatizam a sexualidade e impõem silêncio às vítimas.²

A análise de Fancy e Fraser, em estudo conduzido para o VAWG Helpdesk, revela como as dinâmicas sociais e educacionais impactam diretamente a capacidade de denúncia das meninas:

As desigualdades de gênero dentro da família, da comunidade e da escola reforçam a desvalorização das meninas e limitam sua capacidade de reagir à violência. Muitas são ensinadas a serem submissas e a não expressarem abertamente seus sentimentos ou experiências. Isso dificulta ainda mais a denúncia. Mesmo quando há iniciativas de participação das mulheres na educação, como nos Comitês de Gestão Escolar na Nigéria, mulheres relataram ser ridicularizadas ou insultadas por sua atuação. Ao mesmo tempo, meninos e homens são pouco incluídos nas ações de prevenção e, muitas vezes, carregam uma noção de superioridade que dificulta sua adesão a políticas de enfrentamento à violência contra mulheres e meninas.

De acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), meninas são particularmente vulneráveis à violência sexual. A prevalência de abuso sexual na infância atinge cerca de 18% das meninas, em contraste com 8% entre os meninos. Além disso, os principais perpetradores desse tipo de violência são homens, e as meninas têm mais probabilidade de serem vítimas de violência por parceiros íntimos, estupros por conhecidos ou desconhecidos, casamentos precoces e forçados, tráfico com fins de exploração sexual ou trabalho infantil, além de práticas como a mutilação genital. Notavelmente, esses atos ocorrem em contextos que deveriam garantir proteção, como lares, trajetos escolares e comunidades.³

No campo jurídico brasileiro, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é um dos principais instrumentos voltados à prevenção e ao combate da violência contra a mulher. Em seu artigo 5º, define-se a violência doméstica e familiar como qualquer conduta que, baseada no gênero, resulte em morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, ou ainda em dano moral ou patrimonial. Ainda que voltada ao público adulto, a lei também se aplica a meninas, sobretudo em contextos de violência intrafamiliar, onde prevalecem relações de dependência e afetividade.

2 FANCY, Khadijah; FRASER, Erika. **DFID Guidance Note on Addressing Violence Against Women and Girls (VAWG) in Education Programming – Part A**. Londres: VAWG Helpdesk, 2014.

3 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **INSPIRE: Sete estratégias para pôr fim à violência contra crianças**. Tradução: B&C Textos. São Paulo: NEV-USP, 2018.

Complementando esse arcabouço, a Lei nº 13.431/2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.603/2018, instituiu o conceito de escuta protegida. Essa norma propõe um protocolo de atendimento mais sensível e técnico para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, visando evitar a revitimização institucional e promover um acolhimento integrado entre os órgãos de garantia de direitos.

Além dessas legislações, o Código Penal brasileiro contempla diversos tipos penais que podem ser acionados em situações de violência contra meninas. Entre eles, destacam-se o estupro de vulnerável (art. 217-A), a perseguição ou *stalking* (art. 147-A), o assédio sexual (art. 216-A) e a divulgação não consentida de conteúdo íntimo, crime tipificado pela Lei nº 13.772/2018. Esses dispositivos são especialmente relevantes diante das agressões de natureza sexual e digital, que têm se tornado cada vez mais comuns.

Os dados disponíveis reforçam a gravidade e extensão desse fenômeno. Segundo o Atlas da Violência 2024, elaborado pelo Ipea em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, meninas de 0 a 9 anos representam 15,2% das vítimas de violência doméstica e intrafamiliar. O levantamento também revela que 63,6% das mulheres vítimas de feminicídio em 2023 eram negras e que seis em cada dez casos de estupro envolveram vítimas com até 13 anos de idade, sendo a maioria também composta por meninas negras.⁴

Essa realidade se confirma no 18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, que registrou mais de 83 mil casos de estupro e estupro de vulnerável entre os anos de 2022 e 2023, uma média alarmante de um caso a cada seis minutos. Dentre esses, dois terços das vítimas tinham menos de 13 anos. Números como esses não deixam dúvidas: há uma vulnerabilidade estrutural que atinge meninas no Brasil e que exige, com urgência, respostas articuladas entre os sistemas jurídico, educativo e social.⁵

As normas de gênero estão profundamente enraizadas na sociedade e são difíceis de transformar. O sistema educacional, por vezes, reproduz essas desigualdades por meio de currículos, métodos de ensino e materiais didáticos. No entanto, a escola também é um espaço privilegiado de mudança. Entre 1995 e 2018, a paridade de gênero na educação aumentou significativamente: de 56% para 65% no ensino primário, de 45% para 51% no ensino fundamental (ciclos iniciais), e de 13% para 24% no ensino médio.⁵ Como principal ambiente de socialização fora do lar, a escola influencia valores, comportamentos e percepções. Para que a educação contribua para a igualdade, é necessário que desafie ativamente normas de gênero e relações de poder desiguais.

Portanto, enfrentar a violência de gênero na infância e adolescência pressupõe uma abordagem que vá além do direito penal. É necessário articular os instrumentos legais com práticas de proteção especializada, como a escuta protegida, e políticas públicas voltadas à criação de ambientes realmente seguros e acolhedores. Mais do que punir, é preciso prevenir e isso só será possível com uma leitura crítica das desigualdades de gênero desde os primeiros anos de vida.

4 CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da violência 2024**. Brasília: Ipea; FBSP, 2024.

5 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024.

2.2. A VIOLÊNCIA DIGITAL E SEUS IMPACTOS

A violência digital de gênero desponta como uma das manifestações mais inquietantes da desigualdade contemporânea, intensificando-se à medida que adolescentes passam a acessar de forma massiva as tecnologias da informação e da comunicação. Esse tipo de violência compreende qualquer prática de controle, perseguição, humilhação, intimidação ou exposição realizada por meio de dispositivos digitais, redes sociais ou aplicativos, com o objetivo de ferir a dignidade, a autonomia ou o bem-estar psíquico de mulheres e meninas. O ponto em comum dessas ações é o alicerce em normas de gênero desiguais e persistentes.

A SaferNet Brasil, referência nacional no enfrentamento de crimes digitais e promoção de direitos humanos na internet, define a violência digital como um conjunto de condutas reiteradas que se valem do ambiente online para violar direitos e exercer abusos de poder. Os dados da sua Central de Atendimento evidenciam que temas como exposição de imagens íntimas, discurso de ódio, perseguição digital (*cyberstalking*) e cyberbullying estão entre os principais motivos de busca por ajuda.⁶

Como sintetizado no guia da ONU Mulheres, a violência de gênero online assume múltiplas formas, todas com consequências graves e frequentemente interseccionadas com outras discriminações, como racismo, homofobia e capacitismo. Entre as manifestações mais recorrentes estão: o *cyberflashing* (envio não solicitado de imagens sexuais), *cyberstalking* (monitoramento digital abusivo), voyeurismo digital, *doxing* (exposição de dados pessoais), perfis falsos, discursos de ódio de gênero, manipulação de imagens íntimas (*morphing*), *grooming*, assédio em rede, divulgação não consensual de conteúdo íntimo, *sexploitation*, *sextorsão* e invasões de reuniões virtuais (*zoom bombing*).⁷ Essas práticas, além de violentar diretamente as vítimas, produzem efeitos psicológicos, sociais e econômicos duradouros, afetando também redes de apoio e aprofundando desigualdades de gênero.

As meninas relatam vivenciar discriminação de gênero também em ambientes como redes sociais e jogos virtuais. Sentem-se mais expostas a julgamentos e assédios, especialmente em relação à sua imagem, e percebem uma maior permissividade em relação aos meninos nesses espaços.⁸ Comentários depreciativos, hipersexualização e pressão para se comportar de determinadas formas são recorrentes. Segundo o relatório de 2021, *Por Ser Menina*, da Plan International, esse ambiente hostil é alimentado tanto por homens quanto por mulheres e acaba naturalizando práticas de exclusão, violência simbólica e silenciamento. Ao mesmo tempo, muitas meninas reconhecem a internet como um espaço de mobilização e apoio mútuo, especialmente em torno dos direitos das mulheres e da solidariedade diante de ataques virtuais.

6 UNGEI. **Gender Transformative Education: Reimagining education for a more just and inclusive world.** 2021.

7 SAFERNET BRASIL. Central de Ajuda: Indicadores de Atendimento da Helpline Brasil. 2024.

8 ONU MULHERES. **Toolkit: Youth guide to end online gender-based violence.** s.d-b.

Ocorre que os algoritmos das redes sociais criam “câmaras de eco”⁹ que reforçam visões já existentes, limitando o pensamento crítico e expondo crianças e adolescentes a conteúdos repetitivos. No caso das meninas, isso pode significar maior exposição à hipersexualização e a estereótipos de gênero; para os meninos, pode alimentar discursos misóginos e comportamentos hostis. Esse ambiente contribui para a normalização da violência de gênero online. Como alerta o artigo da Internet Matters, romper essas bolhas e promover a educação digital crítica é essencial para tornar o espaço virtual mais seguro e inclusivo:

Além disso, a exposição a ódio online como racismo e misoginia ou outras visões de mundo prejudiciais podem prejudicar o bem-estar e o crescimento das crianças. Ver conteúdo inapropriado, violento ou odioso regularmente pode levar à dessensibilização. Como resultado, eles podem não estar cientes de que o conteúdo que veem é prejudicial e, portanto, não podem saber quando é certo agir. Crianças e jovens que usam mídias sociais podem ainda não entender como os algoritmos funcionam. Portanto, é importante ajudá-los a aprender como gerenciar as sugestões de conteúdo para agirem por conta própria.

No espaço escolar, algumas formas de violência digital têm se tornado cada vez mais comuns. Entre elas, destacam-se a vigilância de dispositivos, como a exigência de acesso ao celular por parte de parceiros; o controle abusivo sobre redes sociais, incluindo ameaças a respeito de quem a vítima pode seguir ou interagir; a imposição do fornecimento de senhas como sinal de submissão relacional; o uso de aplicativos espiões, conhecidos como *stalkerware*, que monitoram mensagens, chamadas e localização; e, talvez a mais devastadora, o compartilhamento não autorizado de imagens íntimas, que pode desencadear episódios severos de revitimização, tanto no ambiente escolar quanto fora dele.

Os perpetradores da violência de gênero facilitada por tecnologia variam desde parceiros íntimos até estranhos e grupos organizados. Destaca-se a atuação da chamada “manosfera” — um conjunto de comunidades online antifeministas que dissemina discursos misóginos e normaliza o ódio contra mulheres.¹⁰ Entre essas comunidades, ganham força os “*incels*” (celibatários involuntários), responsáveis por episódios de violência extrema com base em ressentimentos sexuais e ideologias de gênero distorcidas. Muitos desses ambientes digitais se valem da estrutura algorítmica das plataformas, como o YouTube, para atrair jovens — principalmente meninos — para conteúdos cada vez mais radicais. Figuras públicas e influenciadores digitais também desempenham papel central na legitimação dessas normas, tornando-as mais aceitáveis entre seus seguidores. O mesmo relatório destaca um cenário especialmente alarmante entre adolescentes:

O impacto é ainda mais preocupante durante a adolescência, período crucial para a formação e transformação de normas sociais. Crescem as preocupações sobre a exposição de adolescentes à violência sexual por meio de celulares e dispositivos

9 As informações apresentadas são baseadas em falas reais de meninas de diferentes regiões do Brasil, colhidas por meio de grupos focais durante a pesquisa “Por Ser Menina”, conduzida pela Plan International em 2021.

10 PECKHAM, Sheena. **O que são algoritmos? Como evitar câmaras de eco e manter as crianças seguras online.** Internet Matters, 13 abr. 2023.

digitais. Na Índia, uma pesquisa com 3.500 estudantes universitários entre 16 e 21 anos revelou que cerca de 30% dos meninos assistem a vídeos de estupro, com média de 19 vídeos por semana. O consumo desses conteúdos começa, em média, aos 9 anos de idade.¹¹

Os impactos da violência de gênero *online* são profundos e múltiplos. No plano individual, causam danos psicológicos, emocionais, físicos, sociais e econômicos, e afetam diretamente a saúde mental das vítimas, com relatos frequentes de ansiedade, pânico, estresse e até violência física subsequente. Coletivamente, a violência de gênero *online* representa uma ameaça à democracia e à participação cívica: desencoraja mulheres e pessoas de gênero diverso a ocuparem espaços públicos, provoca autocensura e silencia vozes fundamentais nos debates sociais. Além disso, contribui para a normalização da misoginia, a erosão de normas de inclusão e a disseminação de discursos de ódio e desinformação. A naturalização da violência sexual em ambientes digitais — como na pornografia violenta e nos comentários abusivos em redes sociais — reforça práticas perigosas, especialmente entre adolescentes. A perpetuação desses comportamentos, inclusive por algoritmos que amplificam conteúdos extremistas, representa um desafio urgente para a saúde pública, a equidade de gênero e a estabilidade democrática.¹² Ainda de acordo com a análise conduzida pela *The Global Partnership*:

Vários estudos já observaram impactos severos sobre a saúde mental das vítimas. Por exemplo, uma pesquisa realizada com mulheres em oito países mostrou que 54% das sobreviventes de abuso ou assédio online relataram crises de pânico, ansiedade ou estresse. Outra pesquisa, com meninas e jovens mulheres em 22 países, apontou que 44% delas sofreram estresse mental ou emocional após episódios de assédio online. Em alguns casos, a violência de gênero facilitada pela tecnologia também leva a danos físicos, o que evidencia a conexão entre as violências online e offline. Em Malawi, mais da metade das mulheres entrevistadas relatou ter sofrido abuso físico agravado por violência online. Um estudo realizado em vários países árabes identificou que uma em cada três mulheres que sofreram violência online também vivenciaram episódios de violência presencial posteriormente.

No plano legal, embora o Brasil disponha de marcos relevantes como a Lei nº 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, e a Lei nº 13.772/2018, que trata da violação da intimidade sexual, ainda enfrentamos um hiato entre a existência dessas normas e sua aplicação efetiva, especialmente quando as vítimas são meninas menores de idade. O silêncio é frequente, muitas vezes motivado por vergonha, medo de retaliação ou desconhecimento do caráter criminoso das situações vividas, sobretudo quando os agressores fazem parte do círculo de convivência da vítima, como colegas ou namorados.

11 As informações sobre a atuação da “manosfera”, incels e outras comunidades digitais misóginas foram sistematizadas a partir da análise preliminar publicada pela The Global Partnership, que examina os mecanismos digitais por trás da radicalização de comportamentos violentos com base em gênero.

12 Trecho extraído do relatório da The Global Partnership (*Technology-facilitated gender-based violence: preliminary landscape analysis*, 2023), que reúne dados internacionais sobre o impacto da exposição precoce de adolescentes à violência sexual digital, com destaque para os riscos associados à naturalização de conteúdos abusivos e à formação de normas sociais nocivas desde a infância.

Esse panorama revela a urgência de uma ação coordenada entre o sistema de justiça, o setor educacional e os serviços de assistência social. É imprescindível construir uma cultura institucional de escuta e acolhimento, acompanhada por mecanismos eficazes de responsabilização. A violência digital que atravessa os muros da escola não pode ser tratada isoladamente. Ela se inscreve em um contexto mais amplo de violências simbólicas e estruturais de gênero, e só poderá ser enfrentada com uma abordagem interseccional que considere as múltiplas camadas de vulnerabilidade marcadas por raça, classe, idade e território.

3. EDUCAÇÃO E VIOLÊNCIA: A PRODUÇÃO DO SILÊNCIO NAS ESCOLAS

Embora tradicionalmente concebido como um espaço de proteção, desenvolvimento e formação crítica, o ambiente escolar também pode operar como um cenário de reprodução de estereótipos de gênero, reforço de desigualdades e silenciamento de violências. Desde muito cedo, meninas são socializadas dentro de uma lógica que associa o feminino à passividade, à obediência e à inferioridade intelectual e emocional. Essa construção simbólica limita não apenas sua autoestima, mas também suas possibilidades de projeção nos âmbitos acadêmico, profissional e pessoal.

A violência relacionada à escola pode se manifestar de diferentes formas, exigindo uma distinção conceitual entre a violência contra a escola, da escola e na escola, conforme propõe o UNICEF Brasil.

A violência contra a escola refere-se a agressões dirigidas à instituição ou aos seus profissionais por atores externos, como familiares ou membros da comunidade, quando essas ações estão ligadas à atuação educacional. Também abrange depredações e ameaças que afetam diretamente o ambiente físico e simbólico da escola. Segundo o curso do UNICEF Brasil (2022), é essencial considerar o entorno da escola como parte do problema: a violência no território repercute na escola e influencia o medo de frequentá-la, como revelam dados da PeNSE, que indicam que 11,6% dos estudantes de 13 a 17 anos deixaram de ir à escola por sentirem-se inseguros no trajeto.¹³

A violência da escola, por sua vez, ocorre quando a própria instituição — por suas práticas, omissões ou estruturas — contribui para situações de exclusão, negligência ou opressão. Conforme aponta o UNICEF, essa violência pode ser institucional (quando praticada por profissionais da escola) ou estrutural, como no caso da cultura do fracasso escolar, que afeta de forma recorrente estudantes negros, indígenas, com deficiência ou em situação de vulnerabilidade socioeconômica.¹⁴ A repressão à participação estudantil, o bullying entre pares e a ausência de escuta também se enquadram nessa categoria.

13 THE GLOBAL PARTNERSHIP. *Technology-facilitated gender-based violence: preliminary landscape analysis*. 2023.

14 UNICEF BRASIL. *Curso: Comunidade escolar na prevenção e resposta às violências contra crianças e adolescentes*. 2022. A seção sobre violência contra a escola enfatiza os impactos do entorno sobre a segurança escolar e a percepção dos estudantes sobre o trajeto casa–escola.

Já a violência na escola refere-se às vivências violentas externas — como abuso, negligência ou violência doméstica — que se manifestam no comportamento de crianças e adolescentes dentro do ambiente escolar. De acordo com o mesmo curso, a escola torna-se um espaço onde esses sinais emergem, exigindo atenção dos educadores para indícios como ausências frequentes, queda no rendimento e sinais físicos ou emocionais. Por isso, a escola deve atuar não só como espaço de aprendizagem, mas também como elo de uma rede mais ampla de proteção.

Nesse contexto, a escola não apenas reproduz como também naturaliza essas desigualdades. A ausência de políticas pedagógicas voltadas à equidade de gênero, somada ao silenciamento institucional diante de violências — inclusive as simbólicas e digitais — contribui para perpetuar essas dinâmicas. Um dos efeitos mais alarmantes dessa omissão é a invisibilização de denúncias. Relatos de meninas sobre abusos, especialmente de natureza sexual, moral ou psicológica, são muitas vezes ignorados, relativizados ou classificados como simples desentendimentos interpessoais. Em vez de acolhimento, as vítimas encontram descrédito. Frequentemente, são responsabilizadas pelo ocorrido e acabam silenciando por medo de retaliação ou julgamento, internalizando uma culpa que não lhes pertence.

O silêncio das instituições escolares, nesse contexto, não é uma postura neutra. Ao deixar de nomear as violências, de acolher as vítimas e de agir, a escola contribui para normalizar os abusos, fortalecendo uma cultura de impunidade que afasta as meninas da proteção estatal e fragiliza seu pertencimento ao espaço escolar. Esse cenário é agravado pela falta de formação específica dos educadores sobre violência de gênero e interseccionalidade, o que limita sua capacidade de reconhecer as complexidades das violências que atravessam a vida das alunas.

Diante disso, a escola corre o risco de deixar de ser um espaço de transformação para se tornar um agente de reprodução da desigualdade. Romper com essa lógica exige ressignificar o ambiente educacional, especialmente para aquelas meninas cujas vozes, ao longo da história, têm sido sistematicamente silenciadas.

É, portanto, fundamental que a escola se estruture como um espaço ativo de proteção. Isso exige a criação de fluxos internos claros, capacitação contínua dos profissionais da educação e protocolos específicos de acolhimento, escuta especializada e encaminhamento de casos. Como orienta a *Childhood Brasil* e o UNICEF, esses procedimentos devem seguir os princípios da Lei 13.431/2017 e do Decreto nº 9.603/2018, assegurando o respeito, o sigilo e a integridade da criança ou adolescente desde o primeiro contato com a denúncia ou revelação espontânea.¹⁵

4. A LEI DA ESCUTA PROTEGIDA: FUNDAMENTOS E DESAFIOS NA APLICAÇÃO ESCOLAR

A promulgação da Lei nº 13.431/2017 marcou um avanço significativo no campo jurídico brasileiro ao estabelecer um sistema de garantia de direitos voltado para crian-

¹⁵ *Idem*. A parte dedicada à violência da escola detalha como exclusões estruturais e práticas institucionais impactam diretamente o direito à educação de grupos historicamente marginalizados.

ças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Regulamentada pelo Decreto nº 9.603/2018, essa legislação propõe um modelo de atendimento integrado e humanizado, com ênfase na proteção integral da criança, na escuta qualificada e na prevenção da revitimização institucional, sobretudo durante os trâmites investigativos, judiciais ou administrativos.

Entre os principais avanços introduzidos pela lei, destacam-se dois procedimentos centrais: a escuta especializada e o depoimento especial. A escuta especializada deve ser conduzida por profissionais das áreas de educação, saúde ou assistência social que estejam devidamente capacitados, enquanto o depoimento especial ocorre em ambientes preparados para esse fim, com acompanhamento psicológico, e tem como objetivo fornecer elementos aos processos judiciais. Ambos os procedimentos devem ser adaptados ao estágio de desenvolvimento da criança, respeitando sua dignidade, assegurando-lhe segurança e evitando a repetição de situações traumáticas.

A norma também assegura um amplo conjunto de direitos, como o acesso a informações adequadas, o direito de ser ouvido ou de permanecer em silêncio, o apoio jurídico e psicossocial, e a proteção contra qualquer forma de discriminação. Além disso, impõe a obrigatoriedade de comunicação imediata às autoridades competentes diante de qualquer suspeita ou confirmação de violência, destacando a responsabilidade compartilhada entre família, Estado e sociedade para garantir a proteção integral.

No contexto escolar, a escuta especializada assume uma função estratégica, uma vez que a escola costuma ser o primeiro espaço a perceber indícios de violência. Professores e gestores, ao identificarem sinais físicos, emocionais ou comportamentais suspeitos, devem acionar os fluxos de atendimento instituídos pela lei. Conforme orientações do protocolo desenvolvido por Childhood Brasil e UNICEF, apresentado no vídeo “A educação e a Lei da Escuta Protegida”, a escola deve registrar a ocorrência formalmente e encaminhá-la ao Conselho Tutelar, e, quando necessário, também à Polícia Civil ou aos serviços de saúde, de acordo com a gravidade da situação.

A escuta especializada é um procedimento ético, cuidadoso e individualizado voltado a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, com foco no acolhimento e proteção integral, e não na investigação dos fatos. Conforme o *Guia de Escuta Especializada* elaborado pela Childhood Brasil em parceria com a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (MDHC), essa prática deve ocorrer em ambiente seguro e acolhedor, com linguagem acessível, sem interrupções, julgamentos ou perguntas investigativas — respeitando sempre o ritmo, a privacidade e as emoções da criança.¹⁶ Sua função é garantir que esses sujeitos em desenvolvimento sejam ouvidos com empatia e dignidade, sem reforçar a vitimização, orientando-se pelos princípios da Lei 13.431/2017 e do Decreto nº 9.603/2018.

Em casos de suspeita ou rumores, o profissional deve comunicar a direção da unidade e agir com responsabilidade e discrição, buscando criar oportunidades de escuta

16 CHILDHOOD BRASIL; UNICEF. **A Educação e a proteção de crianças e adolescentes contra as violências**. s.d.

espontânea, e realizar os devidos encaminhamentos às autoridades competentes. A escuta especializada, além de um protocolo técnico, é um reconhecimento do direito da criança de ser protegida e ouvida com respeito, segurança e humanidade.

Contudo, a efetivação da lei nas rotinas escolares ainda enfrenta diversos obstáculos. Um dos mais relevantes é o preparo insuficiente dos profissionais da educação, muitos dos quais não conhecem os procedimentos legais, têm receio de agir de forma inadequada ou não se sentem aptos a conduzir uma escuta sem gerar constrangimentos ou danos adicionais à criança. Soma-se a isso a ausência de formação continuada, a escassez de suporte psicossocial e a fragilidade na articulação com outros atores da rede de proteção, como os conselhos tutelares, as delegacias e os serviços de saúde.

Assim, embora a Lei da Escuta Protegida represente um marco importante do ponto de vista normativo, sua implementação no ambiente escolar ainda esbarra em lacunas operacionais, estruturais e formativas. Superar esses entraves exige investimentos contínuos em formação, desenvolvimento de protocolos ajustados à realidade local e fortalecimento efetivo das redes de proteção, sempre com atenção às especificidades de gênero, faixa etária, raça e território das vítimas.

5. PROPOSTAS PARA O DIREITO: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR E INTERSETORIAL

Diante da complexidade das violências de gênero que atingem meninas em idade escolar, sobretudo em suas expressões digitais, simbólicas e institucionais, torna-se essencial reafirmar o papel do Direito como instrumento de promoção da dignidade humana e de justiça social. A Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, conforme estabelece o artigo 1º, inciso III, e reconheceu, no artigo 227, a proteção integral de crianças e adolescentes como prioridade absoluta. Contudo, entre o reconhecimento formal desses direitos e sua efetiva concretização, persiste um abismo alimentado pela ausência de ações coordenadas e sensíveis às realidades específicas das vítimas.

Para enfrentar os discursos de ódio e as ofensas direcionadas a meninas em espaços digitais, é necessário também fortalecer o uso estratégico dos instrumentos legais já disponíveis. As infrações que envolvem ofensas, incitação à discriminação e outras formas de violência simbólica podem, por exemplo, em certos casos, ser enquadradas tanto na Lei Antirracista (Lei nº 7.716/1989), especialmente quando relacionadas à raça, cor, etnia, religião ou nacionalidade, quanto no Código Penal, que trata dos crimes contra a honra e contra a paz pública. No entanto, ainda há lacunas significativas na legislação brasileira, sobretudo no que se refere a ofensas com base em gênero e sexualidade, além de entraves operacionais como a necessidade de ação penal privada para crimes contra a honra, o que dificulta o acesso à justiça pelas vítimas.

É nesse contexto que a Lei nº 13.431/2017, juntamente com o Decreto nº 9.603/2018, deve ser compreendida não apenas como uma diretriz normativa, mas como um chamado ético e prático a todas as instituições. A aplicação consistente da Lei da Es-

cuta Protegida no ambiente escolar demanda mais do que a criação de fluxos burocráticos. Exige compromisso institucional com uma escuta ativa, qualificada e livre de revitimização, especialmente quando se trata de meninas cuja vivência está marcada por múltiplas vulnerabilidades, como raça, território, deficiência e identidade de gênero.

Uma resposta concreta a esse desafio pode estar na formulação de protocolos intersetoriais de acolhimento, estruturados a partir de quatro eixos centrais. O primeiro é a capacitação permanente de profissionais da educação, habilitando-os a identificar sinais de violência e a conduzir uma escuta inicial de forma ética e acolhedora. O segundo eixo propõe a criação de comissões escolares de proteção integral, compostas por educadores, psicólogos, conselheiros tutelares e membros da comunidade, responsáveis por acompanhar e encaminhar os casos de maneira articulada. O terceiro eixo envolve a formalização de fluxos de referência e contrarreferência entre escolas, serviços de assistência social (CRAS e CREAS), unidades de saúde e delegacias especializadas, com responsabilidades claras e monitoramento constante. Por fim, é imprescindível garantir a produção de registros seguros e protegidos, em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), assegurando o sigilo e a integridade das informações das vítimas.

Essas estratégias devem estar alinhadas a uma proposta pedagógica comprometida com a educação em direitos humanos. É preciso fomentar uma cultura escolar que seja democrática, inclusiva e ativamente antidiscriminatória. Para isso, o ensino de direitos deve ser transversalizado no currículo, incorporando abordagens críticas sobre gênero, raça, sexualidade, cidadania digital e segurança online.

Além disso, enfrentar a violência digital e suas interseções exige reconhecer que a tecnologia é também um campo de disputa de direitos. Isso implica não apenas em regulamentar o uso das plataformas digitais e responsabilizar os agressores, mas também em proteger os dados sensíveis das vítimas e preparar educadores e operadores do Direito para atuarem num cenário em que o ciberespaço se consolidou como um dos principais territórios tanto de violação quanto de resistência.

Em síntese, garantir que todas as meninas tenham acesso a uma educação livre de violências, à escuta protegida e ao pleno exercício de sua dignidade demanda uma abordagem interdisciplinar e uma ação intersetorial robusta. Somente por meio da articulação entre Direito, educação, psicologia, serviço social e tecnologia, e do compromisso compartilhado entre Estado, escola e comunidade, será possível construir um futuro mais justo, onde cada menina seja, de fato, escutada, protegida e respeitada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente incidência de violências digitais de gênero contra meninas em idade escolar revela a necessidade urgente de uma reorientação no campo jurídico. O Direito, muitas vezes moldado por respostas genéricas e normativas rígidas, precisa adaptar-se às novas formas de agressão que, embora intangíveis, têm impactos reais sobre a vida, a dignidade e o direito à educação dessas meninas.

Este artigo demonstrou que a violência digital compromete seriamente o bem-estar físico, emocional e social de suas vítimas. Apesar de seu potencial para ser um espaço de proteção, a escola frequentemente falha ao se manter omissa diante de relatos de abuso, seja por falta de preparo, seja pela ausência de protocolos e articulação com outros setores da rede de proteção.

Nesse contexto, o Direito deve assumir uma função proativa. A Lei nº 13.431/2017, conhecida como Lei da Escuta Protegida, fornece uma base legal importante, mas sua aplicação ainda esbarra em desafios práticos, como a formação contínua de profissionais e a implementação de estruturas capazes de garantir uma escuta ética e não revitimizadora.

Superar as violências digitais exige mais do que sanções legais. É indispensável desenvolver ações integradas que envolvam educação, saúde, assistência social, justiça e cultura. Além disso, torna-se essencial promover uma política de educação em direitos humanos e cidadania digital, capacitando meninas a identificar seus direitos e fortalecendo a escola como espaço de acolhimento e justiça.

Em tempos de rápidas transformações tecnológicas, o desafio é fazer do Direito uma ferramenta de proteção e emancipação. Proteger meninas da violência digital significa garantir que suas trajetórias não sejam interrompidas pelo medo, mas sustentadas por liberdade, respeito e possibilidades reais de futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 9.603, de 10 de dezembro de 2018**. Regulamenta a Lei nº 13.431/2017. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 11 dez. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 8 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 abr. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.811, de 5 de janeiro de 2024**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 10 mai. 2025.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da violência 2024**. Brasília: Ipea; FBSP, 2024. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1403>. Acesso em: 12 mai. 2025.

CHILDHOOD BRASIL; SECRETARIA NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA (MDHC).

Guia de Escuta Especializada: conceitos e procedimentos éticos e protocolares. Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves. São Paulo; Brasília: Childhood Brasil: SNDCA, 2022-2023, 127p. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/>

acoes-e- programas/GuiaEscutaEspecializada_ConceitoseProcedimentosticoseProtocolares.pdf. Acesso em: 10 mai. 2025.

CHILDHOOD BRASIL; UNICEF. **A Educação e a proteção de crianças e adolescentes contra as violências.** s.d. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/13TkahB_9R7XTrW3smMvYncb-gz_xP_4Vn/view?usp=sharing. Acesso em: 13 mai. 2025.

FANCY, Khadijah; FRASER, Erika. **DFID Guidance Note on Addressing Violence Against Women and Girls (VAWG) in Education Programming – Part A.** Londres: VAWG Helpdesk, 2014. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7d538c40f0b60a7f1a9d57/Education-guidance-note-partA.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em:

<https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/f62c4196-561d-452d-a2a8-9d33d1163af0>. Acesso em: 12 mai. 2025.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA; CHILDHOOD BRASIL. **A educação e a Lei da Escuta Protegida.** 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B-ugNcLfs4>. Acesso em: 10 mai. 2025.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA; CHILDHOOD BRASIL. **A Lei da Escuta Protegida.** 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ipx7FAZKS80>. Acesso em: 10 mai. 2025.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da Violência 2024.** Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1403>. Acesso em: 12 mai. 2025.

ONU MULHERES. **Toolkit: Youth guide to end online gender-based violence.** s.d-b. Disponível em: https://asiapacific.unwomen.org/sites/default/files/2022-12/Youth-Toolkit_14-Dec_compressed-final.pdf. Acesso em: 11 mai. 2025.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **INSPIRE: Sete estratégias para pôr fim à violência contra crianças.** Tradução: B&C Textos. São Paulo: NEV-USP, 2018. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/207717/9789241565356-por.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2025.

PECKHAM, Sheena. **O que são algoritmos? Como evitar câmaras de eco e manter as crianças seguras online.** Internet Matters, 13 abr. 2023. Disponível em: <https://www.internetmatters.org/pt/hub/news-blogs/what-are-algorithms-how-to-prevent-echo-chambers/#echo-chamber-meaning>. Acesso em: 12 mai. 2025.

PLAN INTERNATIONAL. **Por Ser Menina.** Brasil: Plan International, 2021. Disponível em: <https://plan.org.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-por-ser-menina-final.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2025.

PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **O desafio da igualdade.** 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=04u0UHEq2f4>. Acesso em: 27 mai. 2025.

SAFERNET BRASIL. **Central de Ajuda: Indicadores de Atendimento da Helpline Brasil.** Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/helpline/helplineviz/helpchart-page.html>. Acesso em: 17 mai. 2025.

THE GLOBAL PARTNERSHIP. **Technology-facilitated gender-based violence: preliminary landscape analysis.** 2023. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/64abe-2b21121040013ee6576/Technology_facilitated

_gender_based_violence_preliminary_landscape_analysis.pdf. Acesso em: 10 mai. 2025.

UNICEF Brasil. **Curso: Comunidade escolar na prevenção e resposta às violências contra crianças e adolescentes.** 2022. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/comunidade-escolar-na-prevencao-e-resposta-as-violencias>. Acesso em: 14 mai. 2025.

ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: A CONSTITUIÇÃO EM Kelsen E SCHMITT

BETWEEN LAW AND POLITICS: THE CONSTITUTION IN Kelsen AND SCHMITT

Samuel Cruz de Paula Marques¹

RESUMO: Este artigo realiza uma análise comparativa entre as teorias de Hans Kelsen e Carl Schmitt, a partir das obras “Teoria Geral do Direito e do Estado” e “Teoria da Constituição”, respectivamente. O enfoque será dado na questão constitucional e na sua interpretação a partir da teoria de ambos. A exposição estrutura-se em duas dimensões analíticas: (i) os fundamentos históricos e teóricos de cada autor; (ii) as diferenças conceituais quanto à forma, função, legitimidade e suspensão da constituição. Conclui-se que Kelsen e Schmitt não apenas representam modelos teóricos contrastantes, mas expressam respostas antagônicas aos dilemas centrais da modernidade constitucional.

Palavras-chave: Hans Kelsen. Carl Schmitt. Positivismo. Decisionismo. Teoria constitucional.

ABSTRACT: This article presents a comparative analysis between the theories of Hans Kelsen and Carl Schmitt, based on their works “General Theory of Law and State” and “Constitutional Theory”, respectively. A snip will be made regarding the constitutional case and its interpretation based on the theory of both. The exhibition will be structured in two analytical dimensions: (i) the historical and theoretical foundations of each author; (ii) conceptual differences regarding the form, function, legitimacy and suspension of the constitution. It is concluded that Kelsen and Schmitt not only represent contrasting theoretical models, but embody opposing responses to the central dilemmas of constitutional modernity.

Keywords: Hans Kelsen. Carl Schmitt. Positivism. Decisionism. Constitutional theory.

1. INTRODUÇÃO

A modernidade trouxe consigo um ponto nodal, uma questão central, a necessidade de construção de um novo paradigma político jurídico: as constituições. O século XX – já sob um extenso arcabouço conceitual de teorias do Estado e da Constituição² elaboradas previamente – foi palco da intensificação desta discussão e de um embate paradigmático entre duas de suas maiores teorias jurídicas: de um lado, a pureza metodológica e normatividade formal proposta por Hans Kelsen; do outro, a concepção decisionista e material de Carl Schmitt. Ambos pensadores alemães, suas formulações teóricas conversam com tradições distintas³, mas possuem um ponto de convergência: tanto o positivismo kelseniano quanto o decisionismo schmittiano se desenvolvem em íntima correlação com as transformações político-institucionais da Alemanha do final do século XIX e início do século XX. A República de Weimar, em especial, se constituiu como pano de fundo imediato para a elaboração de suas respectivas obras e a radicalização de suas divergências.

1 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Integrante do CECC (Centro de Estudos de Constitucional Comparado). E-mail para contato: samuelmcruz5@gmail.com

2 O “arcabouço conceitual” a que se faz referência compreende a consolidação de distintas matrizes teóricas no pensamento jurídico e político europeu, como a Teoria Geral do Estado de Georg Jellinek, por exemplo.

3 Refere-se ao contraste entre o normativismo jurídico de Kelsen e o decisionismo político de Schmitt, raízes teóricas que expressam respostas opostas à crise do liberalismo no século XX.

Não obstante, suas teses transcenderam o contexto alemão e se transformaram em verdadeiros paradigmas político-jurídicos que embasam até hoje as mais diversas discussões da teoria constitucional. A normatividade pura e a construção escalonada estrutural de Kelsen continuam a influenciar modelos de controle de constitucionalidade e formulações normativas sobre o Estado de Direito. Por sua vez, a ideia da constituição como decisão política originária do poder constituinte de Schmitt reverbera em debates sobre legitimidade democrática, soberania, regimes de exceção e identidade coletiva.

É neste contexto, portanto, que o presente artigo se insere. Seu objetivo é realizar uma breve sistematização da teoria destes dois pensadores - em especial analisar as principais obras de Kelsen e Schmitt, “Teoria geral do Direito e do Estado”⁴ e “*Constitutional Theory*”⁵, respectivamente. Será feito um recorte na questão da constituição e nas suas divergências conceituais.

O artigo estrutura-se em dois eixos principais: (i) a construção dos principais fundamentos teóricos de cada autor, inseridos em seu contexto histórico; (ii) a exposição da tensão contrastante entre seus enfoques – a partir do entendimento da forma, função, legitimidade e suspensão constitucional de cada um.

2. KELSEN E SCHMITT: CONTEXTO HISTÓRICO E TEÓRICO

O confronto entre as teorias constitucionais de Hans Kelsen e Carl Schmitt só é plenamente compreendido à luz do contexto histórico e teórico que o moldou. Ambos autores são frutos da Alemanha do final do século XIX e do século XX, que passou por intensas transformações em sua estrutura político-institucional: foi reconhecida oficialmente como uma unidade política unificada e independente (1871);⁶ viu a ascensão e queda de um império (1871-1918)⁷; se configurou como uma república (1918-1933)⁸; se constituiu em um Estado autoritário nazista⁹, e, sem sucesso, foi protagonista de mais uma guerra de escala mundial (1939-1945).

Essa turbulência claramente suscitou uma discussão no que tange à eficácia do parlamentarismo liberal e dos princípios democráticos como sistemas de organização política. Estes desafios, portanto, tornaram-se as questões centrais na Alemanha do século XX e vieram acompanhadas de diversas abordagens teóricas que buscavam solucionar tal problemática. Dentre elas, duas em particular se destacaram. Tanto Kelsen quanto Schmitt foram produtos e protagonistas da Alemanha entre guerras - campo prático que permitiu que suas teorias fossem testadas, instrumentalizadas e/ou rejeitadas – e, portanto, sofre-

4 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

5 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008.

6 SARLET, Wolfgang Ingo; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 84-91.

7 STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 91-100.

8 SARLET, Wolfgang Ingo; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *op. cit.*, p. 129-147.

9 *Ibid.*, p. 207-210.

ram grande influência de seus desdobramentos; as respostas teóricas dadas a estes desafios, contudo foram radicalmente divergentes.

Hans Kelsen surge como um dos principais expoentes da tradição juspositivista europeia¹⁰. Seu objetivo nunca foi estabelecer uma metodologia que analisasse o direito como “um produto da justiça, como o filho humano de um progenitor divino¹¹” – como lhe é frequentemente atribuído –, mas sim a delimitação de uma ciência que, nas palavras de Kelsen:

insiste numa distinção clara entre o Direito empírico e a justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos. Ela vê o Direito não como a manifestação de uma autoridade supra-humana, mas como uma técnica social específica baseada na experiência humana; a teoria pura recusa-se a ser uma metafísica do direito¹².

Formado no ambiente austro-húngaro anterior à Primeira Guerra Mundial e ativo na participação da Constituição austríaca de 1920¹³, desloca-se posteriormente para o contexto alemão; Kelsen vai propor uma reconfiguração da ordem jurídica capaz de manter a previsibilidade e coerência do sistema, por meio de uma democracia liberal que expressa a vontade de uma comunidade regulada por uma ordem normativa¹⁴. Suas ideias de norma fundamental e hierarquia normativa vão buscar solucionar as tensões entre legalidade e legitimidade que marcam o pós-guerra e evidenciam uma clara característica kelseniana: a racionalização analítica e a abordagem científica.

Schmitt vai radicalmente contra a linha adotada por Kelsen. Seus marcos teóricos são desenvolvidos na crítica do liberalismo jurídico e na recusa da neutralidade normativista kelseniana. Profundamente envolvido na cena intelectual da República de Weimar¹⁵, Schmitt se insere no debate da filosofia política e recoloca a questão da decisão política – e portanto da soberania – como fundamento da constituição¹⁶. Sua teoria resgata a ideia do poder constituinte como definidora da existência da unidade política *in toto*¹⁷, ideia esta que foi elaborada pela primeira vez no contexto da Revolução Francesa – o “*pouvoir constituant*”¹⁸ – e que foi amplamente deixada de lado nas correntes juspositivistas.

10 GALUPPO, Marcelo Campos. Positivismo jurídico. In: FILGUEIRAS, Fernando *et. al.* (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009. p. 85-106.

11 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXIX (prefácio).

12 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXIX (prefácio).

13 VITA, Leticia. **La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar**: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller. Buenos Aires: Editorial Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2014, p. 50.

14 KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 407-427.

15 VITA, Leticia Jesica, *op.cit.*, p. 103-108

16 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

17 *Ibid.*, p. 125

18 *Ibid.*, p. 128.

A radicalização weimariana¹⁹ e a ascensão de regimes autoritários espalhados pela Europa - o fascismo italiano, o salazarismo português, o stalinismo russo e principalmente o nazismo alemão – serviram não só como fundamentos empíricos para as ideias de Schmitt, mas também como oportunidades de intervenções práticas.

Delineados estes horizontes históricos, é necessário entender a fundo como as concepções de cada autor – no que tange ao Direito como ordenamento, à sua estrutura, ao poder, e à constituição – se inserem no debate da teoria jurídica e constitucional. Mesmo que de maneira antagônica, ambas abordagens refletem a urgência de oferecer respostas ao colapso das estruturas do Estado de Direito e a emergência de alternativas para a legitimação do poder jurídico-político.

2.1. O JUSPOSITIVISMO KELSENIANO E A FORMA NORMATIVA

A teoria kelseniana emerge, em grande medida, como crítica às correntes jusnaturalistas que, até o final do século XIX, representavam a essência das reflexões sobre o Direito e o Estado. Esta nova abordagem é caracterizada essencialmente pelo seu caráter científico; seu objetivo é a construção de uma análise conservada de elementos externos. Suas ideias representavam, para além de uma reconfiguração dogmática na teoria jurídica, uma ruptura epistemológica com qualquer fundamentação - não só metafísica, mas também ética, moral ou sociológica – do Direito; Kelsen parte, fundamentalmente, da distinção entre o “ser” e o “dever ser” como estrutura geral que é característica nuclear do ordenamento jurídico²⁰.

A compreensão plena do entendimento constitucional kelseniano só é possível a partir do reflexo de sua teoria; serão expostos, portanto, dois pontos centrais para a construção de um pano de fundo teórico que permitirá construir qual a abordagem constitucional elaborada por Kelsen e quais divergências ela possui com o conceito schmittiano. Neste sentido, o destaque será dado para: (i) o conceito de Direito e sua relação com o Estado e (ii) o sistema escalonado e a norma fundamental²¹.

2.1.1. O CONCEITO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

A construção do Estado moderno e a crescente complexidade da sociedade exigiram correntes teóricas que providenciassem a legitimidade necessária para o funcionamento do ordenamento jurídico. A teoria kelseniana se insere nesse cenário e leva a essência juspositivista ao seu limite: a construção de uma ciência “pura” para a análise do direito - ou seja, a separação de outras esferas sociais de seu objeto de estudo –, a fundamentação enquanto auto-fundamentação (em outras palavras, a centralidade do Direito positivo como auto legitimidade jurídica), a validade das normas encontrada dentro do

19 SARLET, Wolfgang Ingo; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 198-200.

20 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 49-51.

21 Esta é uma sistematização arbitrária; são conceitos centrais na obra de Kelsen que foram escolhidos como objeto de exposição.

próprio ordenamento e a coerência interna do sistema estruturada em um sistema hierárquico normativo²².

Fundamentalmente, o Direito é explicado como uma ordem da conduta humana. O termo, utilizado cotidianamente de maneira muitas vezes equivocada, não se refere a uma regra isolada, mas sim a “um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema”²³. Esta afirmação é fundamental, pois, nas palavras do autor:

É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida²⁴.

O Direito, portanto, enquanto sistema normativo, regula a conduta humana em moldes específicos que o diferenciam de outras ordens normativas. Essa concepção leva Kelsen a estabelecer critérios para distinguir o Direito de outras formas de regulação social, tais como:

(i) sua estrutura de sanções organizadas socialmente, vinculadas a um contexto institucional; (ii) seu caráter coercitivo, baseado em punições, e não em recompensas; (iii) o monopólio da força legítima, enquanto exclusividade do sistema jurídico; e (iv) sua função de garantir uma paz relativa, operando como instrumento de contenção da violência social mediante regulação da força²⁵. Se a sociedade vivesse em perfeita harmonia a coerção – e, portanto, o Direito – não seriam necessários.

Essa concepção técnica permite a Kelsen recusar a clássica separação entre Estado e Direito, sustentando que ambos são, na verdade, o mesmo fenômeno visto por perspectivas diferentes. O Estado, nas teorias clássicas²⁶, tende a ser explicado a partir de dois conceitos distintos e independentes: o sociológico e o jurídico. Nessa visão tradicional, o *principium individuationis* do Estado necessita de uma realidade social subjacente à jurídica para ser compreendido em sua plenitude. Contra as teorias sociológicas que buscam explicar o Estado a partir de elementos externos ao ordenamento – como organicidade social, vontade coletiva ou dominação²⁷ –, Kelsen afirma que tais elementos pressupõem uma ordem jurídica prévia. Nas suas palavras:

“A asserção de que o Estado não é apenas uma entidade jurídica, mas uma entidade sociológica, uma realidade social que existe independentemente de sua ordem jurídica, só pode ser comprovada demonstrando-se que os indivíduos que pertencem

22 GALUPPO, Marcelo Campos. Positivismo jurídico. In: FILGUEIRAS, Fernando *et. al.* (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009. p. 85-106.

23 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

24 *Ibid.*, p.5.

25 Um exemplo é a teoria sociológica de Max Weber, que o próprio Kelsen cita no corpo de seu texto.

26 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 264-271.

27 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 264-271.

ao mesmo Estado formam uma unidade e que essa unidade não é constituída pela ordem jurídica, mas por um elemento que nada tem a ver com o Direito. Contudo, tal elemento que constitui o ‘uno entre os muitos’ não pode ser encontrado (...) Se existe uma realidade social relacionada ao fenômeno que chamamos de ‘Estado’ e, portanto, um conceito sociológico distinto do conceito jurídico de Estado, então a prioridade pertence a este, não àquele. O conceito sociológico — cujo direito ao termo ‘Estado’ será ulteriormente examinado — pressupõe o conceito jurídico, não vice-versa²⁸”.

A conclusão necessária dessa construção é que, se o Estado pode ser inteiramente explicado pelo conceito jurídico, então este representa seu fundamento nuclear. O Direito não é uma produção do Estado – este não precede nem antecede aquele; o Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional e a personificação de tal ordem²⁹. A ordem normativa que constitui a corporação do Estado é, portanto, a essência da distinção entre esta e outras corporações. Essa identificação entre Direito e Estado conduz, necessariamente, à questão da constituição: se o Estado, ao mesmo tempo, é fundado e personifica o Direito, então a constituição representa o grau máximo de fundamento da ordem jurídica. Os moldes de existência, organização e desenvolvimento do Estado no âmbito nacional são, portanto, os moldes constitucionais.

2.1.2. O SISTEMA ESCALONADO E A NORMA FUNDAMENTAL

O exposto acima converge para o núcleo da teoria kelseniana: o sistema escalonado de normas e a constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico. A análise do Direito como sistema dinâmico revela uma característica peculiar de seu funcionamento: sua autorregulação³⁰. Toda norma jurídica é criada por uma norma anterior que regula sua criação

– e até certo ponto seu conteúdo³¹. Essa dinâmica expõe este caráter hierárquico do Direito, de supra e infra-ordenação, onde cada norma jurídica encontra na norma superior a ela seu fundamento de validade.

A constituição representa o último - ou primeiro, dependendo de como é analisado - fundamento do sistema jurídico, a norma superior a todas as outras. Não deve ser feita uma confusão aqui, contudo, entre o sentido material e o formal de constituição: a materialidade constitucional refere-se ao conteúdo das normas, que regula a criação e aplicação de todas as outras normas do ordenamento; a constituição formal é o documento solene e sistematizado que contempla ditas normas³².

28 *Ibid.*, p. 264.

29 *Ibid.*, p. 262.

30 *Ibid.*, p. 181.

31 Normas superiores podem regular de maneira positiva - o que deve constar - ou negativa - o que não pode constar - o conteúdo de normas inferiores. Ver Kelsen, 1998, p. 183-184.

32 Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 182.

A questão hierárquica, contudo, traz consigo um problema. Se a conclusão desta reflexão é de que a constituição – unidade – fundamenta o ordenamento – pluralidade –, então o que a fundamenta?³³ De certo não pode ser outra norma, uma vez que a norma fundamental, como o próprio nome já diz, deveria ser a norma superior a todas as outras. Não só isso, mas também porque a última norma de um ordenamento não pode ser posta, uma vez que esta dependeria de uma norma superior fundada em outra norma ainda mais superior, e assim por diante – se evidenciaria um *recursus ad infinitum*³⁴. Ou seja, o fundamento de um sistema jurídico como tal deve ser pressuposto: a validade da norma fundamental deve, necessariamente, ser pressuposta, para assim amarrar toda a teoria kelseniana.

Esta norma, fundamento de validade da constituição e do ordenamento como um todo, é a *Grundnorm*³⁵. É uma hipótese, a dimensão deontológica de obediência à constituição. Seu conteúdo é indeterminado, se configurando apenas como uma ferramenta metodológica, ou seja, permite a explicação da validade constitucional sem necessidade de se recorrer a um fundamento moral, sociológico ou metafísico. A possibilidade de sua mutação, evidentemente, suscitou diversas críticas, que serão evidenciadas no capítulo final deste texto. Não obstante, ela se configura como uma poderosa ferramenta analítica de estabilidade normativa.

2.2. O DECISIONISMO SCHMITTIANO E A DECISÃO SOBERANA

A profundidade da obra de Carl Schmitt só pode ser compreendida à luz dos acontecimentos políticos e ideológicos do século XX, marcado pela crise da democracia liberal, da reconfiguração do Estado moderno e de intensas crises institucionais. O desenvolvimento do marco teórico de Schmitt se configura como uma crítica robusta à neutralidade formal e à teoria pura formulada por Kelsen.

Dentro deste marco teórico, Schmitt vai elaborar suas ideias principais de contraposição ao positivismo jurídico, relegando-o a uma espécie de ilusão, de teoria vazia e abstrata, evidenciando que a normatividade pura não decide nada sozinha, ela apenas pressupõe uma decisão que é essencialmente política³⁶. Trabalhando no mesmo limite do Direito positivo que Kelsen trabalhou, Schmitt desloca o centro da constituição da abstração normativa para a decisão política: “*Constituição em seu sentido positivo significa a formação da unidade política por ato consciente, por meio do qual a unidade recebe sua forma particular de existência*”³⁷.

33 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.

34 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Nello Morra. 4. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 202.

35 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 141.

36 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p.106-135.

37 “*Constitution in the positive sense means the formation of this political unity by conscious act, through which the unity receives its particular form of existence*”. *Ibid.*, p. 97. Todas as citações diretas que constam no corpo do texto em língua estrangeira foram traduzidos pelo autor.

A teoria schmittiana será analisada, neste texto, por meio de dois pontos nodais: (i) o conceito de constituição moderna e seu surgimento histórico e (ii) o poder constituinte³⁸.

2.2.1.O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

O termo “constituição”, por si só, é extremamente vago e pode englobar diversos significados. A construção inicial da abordagem schmittiana consiste em reduzir o escopo de análise e entender a constituição a partir de seu significado absoluto: a condição completa da unidade política³⁹. Desde esse momento inicial, já é possível notar a diferença conceitual entre Kelsen e Schmitt: até mesmo os conceitos mais básicos de Schmitt já extrapolam a esfera jurídica, deslocando a centralidade de análise não para uma abstração normativa, mas para o cenário político concreto. A primeira crítica direta ao positivismo jurídico pode ser evidenciada nas seguintes formulações:

Neste processo, constituição e lei constitucional são tratados como idênticos. Cada lei constitucional individual pode aparecer como uma constituição, de modo que o conceito se torna relativo. (...) A definição mais usual é constituição = norma fundamental ou lei básica. O que “fundamental” significa aqui permanece em grande parte obscuro. Frequentemente, significa algo especialmente importante politicamente ou inviolável, assim como também se fala ambigualmente de direitos “fundamentais”, “ancoragem” e assim por diante⁴⁰.

Schmitt evidencia a distinção essencial entre normas constitucionais e a constituição propriamente dita. As normas jurídicas codificadas não esgotam o conceito de constituição, muito pelo contrário; elas representam apenas seu aspecto formal, destituído de significado substantivo caso descolado de uma decisão política fundamental. É nesse ponto que a constituição, enquanto essência organizadora da unidade política, se diferencia da mera legalidade constitucional.

A centralidade da elaboração teórica schmittiana foca na constituição como decisão política originária, e não como um conjunto de normas técnicas. Dentro desse escopo, ele propõe ainda concepções complementares, como a condição concreta e coletiva de uma unidade política, no sentido de algum princípio de ordem ou unidade; um tipo especial de ordem política; o princípio de emergência dinâmica da unidade política, do poder e energia eficaz de formação política⁴¹.

Schmitt deixa claro que o sentido relativo – a constituição enquanto normas constitucionais individuais – é apenas sua característica formal, e que ela é periférica⁴². A cen-

38 Esta é, novamente, uma sistematização arbitrária; são conceitos centrais na obra de Schmitt que foram escolhidos como objeto de exposição.

39 *Ibid.*, p. 97.

40 “In the process, constitution and constitutional law are treated as identical. Every individual constitutional law can appear as a constitution, so the concept becomes relative. (...) The usual textbook definition is a constitution = fundamental norm or basic law. What ‘fundamental’ means here remains mostly unclear. It often means something especially politically important or inviolable, just as one also speaks ambiguously of ‘fundamental’ rights, ‘anchorage,’ and so forth”. *Ibid.*, p. 59.

41 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 59-62.

42 *Ibid.*, p. 59-67.

tralidade de sua elaboração teórica se funda na decisão política, na constituição enquanto essência organizadora do Estado.

Esse entendimento é reforçado quando Schmitt insere sua análise no contexto histórico do surgimento das constituições modernas. Em vez de adotar uma perspectiva dogmática ou abstrata, ele busca compreender os significados constitucionais em situações de ruptura real da ordem política. Sua exposição percorre desde a dissolução da tradição feudal e do “Estado de estamentos” até o contexto alemão do século XX⁴³. Dois tópicos em especial valem ser ressaltados: o cenário da Revolução Francesa⁴⁴ e o contexto alemão. É nesse momento que Schmitt resgata o conceito - há muito abandonado pelo positivismo - de poder constituinte, evidenciando como a Revolução Francesa se tornou “*uma fonte primária, não apenas para o dogma político de todo o período subsequente (...), mas também para a construção jurídica positiva da teoria constitucional moderna*”⁴⁵.

A ideia de nação como povo politicamente consciente e capaz de agir também é evidenciada. Com isso, Schmitt mostra que a existência política precede a formação de uma constituição – mostrando que a criação de uma constituição, ou o pacto constitucional, é diferente do pacto social/estatal⁴⁶.

Dentro do contexto alemão, Schmitt vai mostrar como que a noção de acordo ou pacto constitucional dentro de uma mesma unidade política na verdade é uma falácia, uma fórmula de compromisso dilatório⁴⁷. Schmitt usa do contexto de seu país de origem para mostrar essa contradição na prática; a monarquia constitucional que foi estabelecida até 1918 teve a oportunidade de ignorar esta discussão como não importante devido ao contexto político e econômico favorável. Sua dissolução, contudo, evidenciou que o verdadeiro pacto constitucional não pode ser feito dentro de uma mesma unidade política – é necessário a presença de dois poderes constituintes de duas unidades diferentes.

2.2.2. O PODER CONSTITUINTE

O ápice da teoria schmittiana se resume no resgate da ideia do poder constituinte como fundamento da decisão política concreta do tipo e da forma da existência política de um povo. Se contrapondo a Kelsen, Schmitt evidencia que o fundamento da constituição não é uma norma, mas sim a decisão política concreta. Como já foi evidenciado anteriormente, as leis constitucionais não representam a totalidade da constituição, mas sim as normas que representam a concretização do poder constituinte⁴⁸.

É necessário esclarecer e evidenciar alguns pontos levantados por Schmitt. Primeiro, o poder constituinte não se extingue após seu uso, ou seja, “*A decisão política, que*

43 *Ibid.*, p. 97-111.

44 *Ibid.*, p. 101-103.

45 “*a primary source, not only for the political dogma of the entire subsequent period (...) but rather also for the positive legal, juristic construction of modern constitutional theory*”. *Ibid.*, p. 101.

46 *Ibid.*, p. 112-124.

47 *Ibid.*, p. 125.

48 “*The political decision, which essentially means the constitution, cannot have a reciprocal effect on its subject and eliminate its political existence*”. *Ibid.*, p. 125.

essencialmente significa a constituição, não pode ter um efeito recíproco em seu sujeito e eliminar sua existência política”⁴⁹. O poder constituinte permanece acima da constituição atemporalmente. Outra função importante é a de preenchimento de lacunas nas normas constitucionais; o poder constituinte existe também para preenchê-las. Este poder é indivisível e unificado; não representa uma autoridade que permanece ao lado de outros poderes, mas representa “a fundação de todos outros “poderes” e “divisões de poderes””⁵⁰. Não só indivisível e unificado, mas também unitário; existe unicamente por meio de apenas um sujeito dentro de uma unidade política definida. O pacto constitucional, portanto, representa justamente uma decisão consciente de duas ou mais unidades políticas – cada uma com seu próprio poder constituinte – de definir sua existência política.

Evidencia-se uma ideia central: é preciso entender que a unidade política precede o pacto constitucional. Ou seja, o pacto em que se forma um Estado é diferente do pacto em que se forma uma constituição⁵¹. Podem existir situações em que ambas situações ocorram de maneira concomitante; mesmo nelas, a presença do poder constituinte pressupõe uma unidade política. Esta só existe mediante uma organização prévia do povo; a característica essencial não é, portanto, a presença do povo, mas sim seu reconhecimento enquanto nação – unidade capaz de agir conscientemente para decidir sobre sua existência política.

A característica mais marcante levantada por Schmitt se resume, contudo, na totalidade do poder constituinte: não existe nenhuma barreira legal ou formal que regule sua atuação⁵¹. Sua existência permanece acima de qualquer procedimento constitucional prévio, de maneira inalienável. Sendo o povo – por meio do princípio democrático – ou o monarca – pelo princípio monárquico – o sujeito do poder constituinte, sua ação é absoluta e requer apenas a sua vontade para a aplicação plena de seus efeitos.

3. FORMA, FUNÇÃO, LEGITIMIDADE E SUSPENSÃO: O EMBATE ENTRE Kelsen E SCHMITT

É possível agora partir para os eixos estruturantes das divergências das teorias de Kelsen e Schmitt. Se, em um primeiro momento, suas propostas partem de paradigmas distintos – sendo o primeiro marcado por um rigor normativo, herdado do positivismo jurídico, e o outro por uma abordagem decisionista e material – é no campo das diferenças conceituais e funcionais sobre a essência da constituição que se estabelece o verdadeiro centro da controvérsia. A disputa entre Kelsen e Schmitt é, em última instância, um embate sobre a própria essência do jurídico em face do político.

Esta divergência não surge de um desacordo circunstancial, mas de tradições intelectuais consolidadas e radicalmente diferentes umas das outras. A construção constitucional pura, formal, com função objetivamente reguladora e auto legitimada vem de uma tra-

49 “The comprehensive foundation of all other “powers” and “divisions of powers”. *Ibid.*, p. 126.

50 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 112-124.

51 *Ibid.*, p. 128.

dição de neutralidade valorativa. Esta abordagem permite que a constituição se mantenha firme em tempos de flutuações políticas. Já a construção schmittiana, de uma constituição axiológica, substancial, com função identificativa e fundamentada no poder constituinte do povo é reflexo de uma corrente contra revolucionária marcada por uma forte crítica ao liberalismo. Sua abordagem se insere – de maneira oportunista diga-se de passagem

– no contexto do autoritarismo nazista e serviu de legitimação para as atitudes do *Führer*.

A análise que se segue será estruturada sob quatro dimensões fundamentais: a forma, a função, a legitimidade e a suspensão da constituição. A forma diz respeito à maneira como a constituição é definida e identificada; a função, aos efeitos esperados da constituição na organização do sistema jurídico e do Estado; a legitimidade, às fontes que conferem autoridade e validade à constituição; entende-se por suspensão os cenários de regime de exceção, golpes de Estado e o vácuo normativo deixado pela mudança abrupta do cenário político-jurídico.

Importa ressaltar que a seguinte exposição não se limita apenas à contraposição dos modelos teóricos contrastes; as consequências e desdobramentos práticos de tal divergência são de importância central.

3.1. EM RELAÇÃO À FORMA CONSTITUCIONAL

A construção do Estado enquanto personagem político é uma noção extremamente moderna⁵². É notável que, a partir daí, mais do que nunca, um tipo específico de dispositivo se faz necessário como forma de regular a sociedade. Ao longo da história, várias leis, ordenamentos e estatutos foram criados como forma de regulação; é a partir da Revolução Americana, contudo, que a história viu o surgimento da primeira constituição tipicamente moderna. A pergunta que surge é a seguinte: qual a diferença entre estes dispositivos? Em que medida a forma de um se diferencia da forma do outro? Esta é a pergunta que Kelsen e Schmitt vão se propor a responder: qual a especificidade da forma constitucional? E mais importante do que isso: esta forma é realmente o ponto essencial que diferencia um ordenamento, estatuto ou lei geral de uma constituição?

Este entendimento de forma, evidentemente, é uma construção histórica, uma inovação linguística (pelo menos em relação ao sentido da palavra, uma vez que o termo “constituição” não era desconhecido na primeira metade do século XVIII⁵³). Nas palavras de Paixão e Bigliazzi: “A constituição incorpora aquele potencial de atividade, de criação, de fundação: ela não é mais concebida como a qualidade de um regime, de um governo, de uma nação”⁵⁴.

52 SOARES, Rogério. O conceito ocidental de constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, p. 39-66, 1985.

53 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 166.

54 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 166.

Kelsen vai levar ao limite esta ideia. A princípio, percebe-se a construção de uma distinção clara na teoria kelseniana entre a materialidade e formalidade da constituição e das normas jurídicas. Entretanto, o conteúdo não tem importância na caracterização do tipo de norma: ou seja, uma lei (norma infraconstitucional) pode ter o mesmo conteúdo de uma norma constitucional⁵⁵. Aqui, portanto, a forma aparece como o único elemento necessário de reconhecimento hierárquico; aparece, também, como garantia de unidade e coerência do sistema.

O ponto de crítica que Schmitt vai levantar é que, ainda que se distinga entre conteúdo e forma, essa distinção é artificial e reduz a constituição a um mero instrumento técnico de organização. A forma como critério valorativo de distinção é inócuo para captar a verdadeira essência constitucional. O destaque schmittiano, portanto, não reside no aspecto hierárquico das normas – ainda que ele reconhece que as normas constitucionais estão acima das demais⁵⁶.

–, mas sim na decisão política. Schmitt insiste que as normas constitucionais não são válidas por estarem ancoradas em um pressuposto lógico, muito menos por estarem previstas em um documento formal e sistematizado; elas são válidas pois foram possibilitadas de existir em decorrência do poder constituinte⁵⁷. Esclarecendo:

A decisão política que está na base da teoria do poder constituinte defendida por Carl Schmitt não coincide propriamente com a Constituição promulgada, mas com a vontade organizada de fundar os marcos gerais de convivência jurídico-política adequada, ou seja, consonante com a decisão tomada pela unidade política⁵⁸.

A partir desta exposição, evidenciam-se três pontos principais em que os dois autores divergem. (i) O critério de identificação constitucional: para Kelsen a constituição é a norma suprema do ordenamento pela sua posição formal, por seu critério de validade ser uma norma pressuposta e não posta; a constituição, para Schmitt, é distinguida por seu conteúdo político decisório, válida por estar ancorada na atuação do poder constituinte. (ii) O grau de importância da forma: para Kelsen, alinhado com o primeiro ponto, a forma é o aspecto mais fundamental do sistema jurídico, é a característica que confere o teor específico das normas; para Schmitt a forma é totalmente periférica, derivada da unidade política. (iii) Redutibilidade: a constituição, para Kelsen, pode ser reduzida à sua estrutura normativa, podendo ser decomposta em uma série de normas constitucionais; para Schmitt, a constituição é irreduzível no quesito da legalidade, pois depende de um ato político originário, não podendo ser entendida como a soma de suas partes.

55 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 182.

56 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 125.

57 *Ibid.*, p. 125.

58 FILHO, Agassiz Almeida. **10 lições sobre Carl Schmitt**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2014, p. 121.

3.2. EM RELAÇÃO À FUNÇÃO CONSTITUCIONAL

Se as diferenças já eram aparentes no quesito da forma, é no quesito função que a divergência entre estes dois autores se evidencia de maneira incisiva. É evidente que a constituição possui um sentido mais amplo, de ordenação fundamental que dá sentido a uma comunidade⁵⁹. O problema é que este entendimento é insuficiente, e não explica de maneira total a essência de uma organização social ou política. As características nucleares que não se satisfazem com esta definição mais abrangente são, evidentemente, conflitantes nos dois autores.

Kelsen parte da noção de que a estabilidade normativa do sistema jurídico é a parte mais importante do Estado de Direito e que garante a sua continuidade. Toda norma encontra seu fundamento de validade na norma superior a ela; se a constituição é a norma superior a todas as outras, sua função é de garantir toda a validade do sistema jurídico.

Schmitt desloca a centralidade desta dimensão jurídica para a dimensão política: a característica essencial do Estado de Direito é a identificação política e unitária do povo. Se esta é a essência do *Rechtsstaat*, então a função das normas mais superiores de todas é a representação desta unidade. A existência política de um povo é definida – tanto em forma quanto conteúdo – pela decisão fundamental que a deu origem. Não é mais a constituição que legitima o exercício do poder, como na abordagem kelseniana, mas sim o contrário; a legitimidade da constituição parte da reivindicação do povo como sujeito do poder constituinte⁶⁰.

Ademais, o caráter fundacional encontra faces diversas em ambos autores. A compreensão kelseniana é a de que a constituição desempenha uma função de garantia da legalidade. Ela funciona como parâmetro jurídico, como reguladora de atuações. Toda a produção normativa decorrente dela deve se encaixar na moldura legal por ela estabelecida, garantindo a coerência e previsibilidade interna do sistema jurídico. Schmitt rompe com essa compreensão ao afirmar que sua função é mais profunda, e de certa forma anterior: ela é institutiva. O poder político é concretizado pelo momento inaugural da decisão política originária, na concretização do ato do poder constituinte.

Em relação ao conteúdo valorativo, a divergência também é bem evidente. Para Kelsen, a constituição – e também todas as normas dentro do ordenamento jurídico – cumprem uma função formalmente neutra. Por isso, os valores substanciais são irrelevantes para fins de sua função normativa: o que verdadeiramente importa é a sua capacidade de organizar juridicamente toda a produção normativa posterior a ela.

A função valorativa da constituição na teoria schmittiana, por outro lado, é essencialmente axiológica: ela não só contém uma face valorativa, mas se configura sob ela, sob

59 SOARES, José Joaquim Gomes Canotilho. O conceito ocidental de constituição. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 3743, p. 39–66, 1985.

60 SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136-137.

uma escolha⁶¹. Esta é a escolha tomada pelo povo enquanto nação – politicamente consciente e capaz de decidir sobre sua configuração política – na hora do pacto constitucional. A ação do poder constituinte a partir de seu sujeito permite que esta escolha seja feita; as normas constitucionais, evidentemente, não cumprem esta função. Elas apenas representam a ação de tal poder constituinte, mas não são seu objeto de atuação. A constituição enquanto decisão que é, a qual legitima as normas que derivam dela.

Percebe-se, portanto, que a discussão sobre a forma constitucional também reverbera muito na função constitucional kelseniana: esta é totalmente formal, e a função schmittiana é totalmente material. Tal como a forma, a função reflete na essência constitucional que cada autor evoca: de um lado, lógica, organizadora, formal e neutra; de outro, prática, política, substancial e axiológica.

3.3. EM RELAÇÃO À LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

No quesito da legitimidade da constituição, percebe-se o antagonismo teórico nas duas teorias. Sob formas totalmente divergentes de racionalidade, há duas respostas fundamentais sobre a origem e a justificação da ordem político jurídica de uma sociedade. Como já foi analisado no quesito forma e função, a diferença central entre as duas análises é o tipo de fundamentação: enquanto a teoria kelseniana analisa a ordem constitucional de uma perspectiva lógico formal, a teoria schmittiana parte de um ponto material substancial.

Portanto, seus fundamentos de validade constitucional são amplamente distintos. Como um típico teórico positivista, Kelsen vai desenvolver a ideia de auto fundamentação jurídica. De maneira mais ampla, percebe-se que todas as normas são válidas por estarem inseridas em um ordenamento que é por si só válido; um Direito positivo que não é fundamentado externamente – como nos modelos clássicos do jusnaturalismo⁶² –, mas internamente.

A análise da legitimidade, portanto, é reduzida a validade: a legitimidade e a validade, na teoria kelseniana, coincidem⁶³. A abordagem de Kelsen pode ser então desdobrada em dois pontos de análise: a validade das normas e a validade da constituição. A partir de uma perspectiva estática, o critério social (a eficácia social⁶⁴) é irrelevante como questão definidora da validade normativa. Uma norma é válida apenas na medida em que é criada a partir dos critérios materiais e formais de validade estabelecidos por uma norma superior à ela: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra

61 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008., *Foreword*, p. xvi.

62 Os modelos jusnaturalistas eram modelos fundamentalistas do Direito. Ou seja, o Direito positivo era fundamentado a partir de alguma concepção - moral, ética, sociológica, religiosa - que não a validade do próprio sistema.

63 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 171-172.

64 Kelsen caracteriza a eficácia como apenas condição de validade, não como sua razão. Ou seja, uma norma é válida se é eficaz, não porque é eficaz.

norma⁶⁵”. Os critérios formais dizem respeito ao tipo de processo específico – qual órgão é responsável e a qual procedimento ele está vinculado, enquanto os critérios materiais dizem respeito ao conteúdo da norma geral.

Se todas as normas, para efeito de sua validade, devem estar de acordo com sua norma superior, então existe uma norma a qual todas as outras necessitam, material e formalmente, estar de acordo: esta norma é a constituição. A legitimidade do sistema jurídico como um todo, portanto, pertence à constituição como norma superior total. Se isto é verdade, então a constituição deve ter também, como todas as outras normas, um critério de legitimidade - ou validade, que aqui redundaria no mesmo. Como já foi evidenciado acima, este critério é a *Grundnorm*, um pressuposto lógico que está, em certa medida⁶⁶, acima do Direito positivo.

A legitimidade constitucional para Kelsen, assim, se encontra neste pressuposto lógico que fundamenta a ordem jurídica. A constituição é válida e legítima pois fundamenta e integra um ordenamento hierárquico, cuja validade é garantida não por um conteúdo material, mas por um procedimento formal que regula os critérios de produção normativa: tais critérios, em última análise, são ancorados não em um fato político, moral ou sociológico, mas num pressuposto lógico normativo. Nas palavras de Kelsen:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental⁶⁷.

Schmitt, como de costume, vai divergir fortemente do entendimento kelseniano. Sua concepção parte de uma lógica decisória e substancialista, rompendo com esta concepção normativista. O foco de análise deixa de ser a norma e sua inserção dentro de um ordenamento e passa a ser o ato fundador que deu origem à unidade política que é organizada por tal ordenamento. A norma é reduzida apenas à solidificação da manifestação do poder constituinte. Schmitt vai introduzir elementos externos ao direito como critérios de justificação de legitimidade. Ou seja,

A constituição é legítima não apenas como condição factual. Ela também é reconhecida como uma ordem justa quando o poder e a autoridade do poder constituinte, em cuja decisão ela se baseia, é reconhecido (...) A decisão não requer nenhuma justificativa por meio de uma norma ética ou jurídica (...) Uma norma não poderia estar em uma posição de justificar nada aqui. O tipo especial de existência política não precisa nem consegue se auto legitimar⁶⁸.

65 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135.

66 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5-7.

67 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.

68 “A constitution is legitimate not only as a factual condition. It is also recognized as a just order, when the power and authority of the constitution-making power, on whose decision it rests, is acknowledged. (...) The decision requires no justification via an ethical or juristic norm

O critério de legitimidade da constituição, portanto, é o critério de legitimidade do ordenamento e das normas dela derivadas. Este critério deixa de ser um pressuposto lógico normativo e passa a ser a decisão política fundamental. Neste contexto, Schmitt vai diferenciar dois tipos de legitimidade: a dinástica e a democrática⁶⁹. Esta distinção é inserida dentro de um contexto histórico, e é feita a partir do sujeito do poder constituinte. Como explica Schmitt:

Onde a ideia de autoridade predomina, o poder constitucional do rei será reconhecido; onde a ideia democrática da *maiestas populi* prevalece, a validade da constituição reside na vontade do povo. Assim, só se pode falar de legitimidade constitucional em termos históricos e sob a perspectiva que distingue entre legitimidade dinástica e democrática⁷⁰.

Se faz aqui uma importante observação: *The legitimacy of a constitution does not mean that a constitution originated according to previously valid constitutional laws*⁷¹. Ou seja, a questão de legitimidade constitucional nada tem a ver com o fato de uma nova constituição estar ou não de acordo com sua predecessora. Esta ideia seria completamente ilógica. Como exemplo histórico, ele levanta a Constituição de Weimar de 1919: sua legitimidade está vinculada apenas ao poder constituinte do povo alemão; se ela está de acordo ou não com a constituição que veio antes – a do primeiro Reich alemão, em 1871 – é totalmente irrelevante para esta reflexão. O fenômeno político, portanto, se constitui acima do Direito – indo contra a corrente da clássica teoria constitucional moderna⁷².

3.4. EM RELAÇÃO À SUSPENSÃO CONSTITUCIONAL (REGIMES DE EXCEÇÃO E GOLPES DE ESTADO)

A controvérsia até aqui não se limita apenas ao cenário temporal e histórico a qual está inserida; ela reverbera em momentos atuais de crise e ruptura constitucional, influenciando teorias e modelos concretos de organização do poder em resposta às tensões entre legalidade e legitimidade.

A ideia de crises constitucionais ocupa lugar central neste debate pois revela, ao extremo, o limite de cada modelo teórico. Kelsen encontra uma certa dificuldade em explicar este vácuo normativo, uma vez que seu critério de validade funciona perfeitamente dentro de um ordenamento, mas não fora dele. A contradição é evidenciada quando percebe-se que, a *Grundnorm* kelseniana recai sobre o mesmo problema que toda sua teoria

(...) *A norm would not at all be in a position to justify anything here. The special type of political existence need not and cannot legitimate itself.* SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

69 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

70 “Where the idea of authority is predominant, the king’s constitution making power will be recognized; where the democratic idea of the *maiestas populi* prevails, the constitution’s validity rests on the people’s will. So one can speak of constitutional legitimacy only in historical terms and under the perspective that distinguishes among dynastic and democratic legitimacy.” SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

71 *Ibid.*, p. 136.

72 FILHO, Agassiz Almeida. **10 lições sobre Carl Schmitt**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2014, p. 82.

buscava evitar: fazer depender o Direito de um fato⁷³. Se dois ordenamentos - como num caso de golpe de Estado - entram em conflito, qual deles deve se sobrepor, uma vez que ambos são válidos e ancorados internamente em um pressuposto lógico?

A teoria schmittiana vai encontrar seu ápice empírico justamente neste ponto cego, conectada com sua fundamentação política⁷⁴. Ora, se a própria natureza do estado de exceção se constitui enquanto suspensão da ordem jurídica, então o mero critério de validade é insuficiente. Deve-se recorrer, portanto, a uma dimensão extrajurídica: a esfera política de decisão. A predominância, portanto, é do ordenamento que se sobrepõe ao outro no caso concreto - o princípio da efetividade. Nesse quadro técnico os golpes de Estado não são eventos “ilegais” ou “antidemocráticos”, mas expressões extremas da soberania enquanto decisão. Nesse sentido, o golpe representa a reativação do poder constituinte originário, que funda uma nova constituição e reconhecimento da unidade política. O soberano se coloca como aquele que decide acerca do estado de exceção⁷⁵.

Dois casos concretos podem exemplificar tal problemática. A Revolução de 1930 no Brasil com uma intervenção militar colocou Getúlio Vargas no poder; a falta de uma constituição durante o governo provisório varguista que a seguiu, contudo, se mostrou um problema. A constituinte do mesmo ano, portanto, apresentou um parecer redigido por Kelsen⁷⁶. A dúvida jurídica que o motivou foi a seguinte: o novo governo poderia legalmente convocar uma constituinte fora dos parâmetros da Constituição de 1891, que já estava suspensa de fato, mas não revogada por via jurídica formal? A articulação kelseniana recorreu, evidentemente, à sua teoria pura como argumentação teórica. O problema é que esta mesma teoria não fornecia uma resposta de maneira clara: Kelsen recorreu, portanto, ao princípio da efetividade - se uma nova ordem jurídica for criada com êxito (ou seja, se ela tiver eficácia), ela se torna válida.

No caso de Schmitt, sua teoria encontrou subsídio no caso do golpe do Partido Nazista em 1933, quando Hitler emergiu ao poder. No seu caso, não houve dificuldade alguma em sua fundamentação teórica: o vácuo normativo que precede o golpe de Estado representa apenas a ação do novo poder constituinte e o papel do soberano em manter a unidade política. Em 1934, Schmitt publica seu artigo “O *Führer* protege o Direito⁷⁷” em meio ao escândalo envolvendo o assassinato de toda alta cúpula da SE. Novamente, sua teoria deixa claro seu embasamento: a ação de Hitler não se configurou como crime de

73 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Nello Morra. 4. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 202.

74 SILVA, Felipe Alves da. Who watches the watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution. **Cuestiones Constitucionales**: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, v. 26, n. 52, e18861, 2024.

75 SCHMITT, Carl. **Teología política I y II**: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía; la ley y el juicio. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

76 LOSANO, Mario Giovanni. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. **IUS Generis**, Guadalajara, n. 57, p. 85–102, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350945825023.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

77 SCHMITT, Carl. O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag, em 13 de julho de 1934. Tradução e apresentação de Felipe Alves da Silva. **Doispontos**: Revista de filosofia, Curitiba; São Carlos, v. 19, n. 2, p. 102–106, jul. 2022. DOI: <https://doi.org/10.5380/dp.v19i2.85803>.

Estado, mas sim como ato de justiça originário. Ou seja, a exceção legítima a suspensão da norma, pois quando o direito formal entra em colapso, a decisão soberana é responsável por restaurar a ordem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi fazer um breve balanço no pensamento de dois dos maiores juristas do século XX: Hans Kelsen e Carl Schmitt. A análise comparativa de suas teorias permitiu mostrar que a controvérsia entre ambos extrapola o plano técnico-jurídico e alcança dimensões mais profundas no próprio núcleo constitutivo de um ordenamento político e jurídico. Por meio da comparação entre seus conceitos de constituição, suas interpretações no quesito forma, função e legitimidade e suas principais divergências no campo prático e teórico, se evidenciou que a teoria jurídica e constitucional é extremamente ampla e repleta de contradições.

Nesse sentido, compreender suas teorias vai muito além de revistar um debate histórico: trata-se de reconhecer os fundamentos e formulações que seguem fornecendo categorias analíticas para problemas contemporâneos e dilemas constitucionais do presente. Em tempos marcados por disputas sobre a autoridade das instituições, tensões entre legalidade e legitimidade e reconfigurações nos limites políticos, os modelos em confronto permaneceram em destaque como forma de compreensão de mundo.

Ao reconstruir seus fundamentos teóricos, suas diferenças conceituais e seus desdobramentos práticos se mostraram na essência do debate contemporâneo constitucional. Trata-se de um embate ideológico entre uma visão racional-formalista e uma concepção existencial-decisionista da constituição. É importante ressaltar que o aspecto conciso deste artigo é insuficiente para abarcar a amplitude do trabalho feito por estes dois grandes juristas alemães; a proposta era trazer, de forma sintetizada, os aspectos e pontos principais que foram levantados de forma a somar a toda teoria constitucional contemporânea. E mais do que isso, buscar responder - ou suscitar reflexões - a seguinte questão: o que confere legitimidade, estabilidade e validade para uma ordem jurídico-política?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto; HENRIQUES, Sérgio; MORAIS, Luiz (orgs.). **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2021.
- FILGUEIRAS, Fernando *et. al.* (org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009.
- FILHO, Agassiz Almeida. **10 lições sobre Carl Schmitt**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOSANO, Mario Giovanni. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. **IUS Generis**, Guadalajara, n. 57, p. 85–102, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350945825023.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.
- SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008.
- SCHMITT, Carl. **Teología política I y II: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía; la ley y el juicio**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- SCHMITT, Carl. O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag, em 13 de julho de 1934. Tradução e apresentação de Felipe Alves da Silva. **doispontos**: revista de filosofia, Curitiba; São Carlos, v. 19, n. 2, p. 102–106, jul. 2022. DOI: <https://doi.org/10.5380/dp.v19i2.85803>.
- SILVA, Felipe Alves da. Who watches the watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution. **Cuestiones Constitucionales**: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, v. 26, n. 52, e18861, 2024. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/18861>. Acesso em: 20 out. 2025.
- SOARES, Rogério. O conceito ocidental de constituição. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, n. 3743, p. 39–66, 1985.
- STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha**: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- VITA, Leticia. **La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar**: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller. Buenos Aires: Eudeba – Departamento de Publicações da Faculdade de Direito, Universidad de Buenos Aires, 2014.

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS, DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS E CAMINHOS DE GOVERNANÇA

DEMARCATIION OF INDIGENOUS LANDS AND SOCIO-ENVIRONMENTAL JUSTICE: CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS, CONTEMPORARY CHALLENGES, AND GOVERNANCE PATHS

Ian Rodrigues¹
Marina Silva Leme²

RESUMO: Este artigo analisa a importância da demarcação das terras indígenas como mecanismo jurídico e político para a efetivação da sustentabilidade socioambiental no Brasil. A partir de uma abordagem jurídico-constitucional, documental e interdisciplinar, examinam-se os principais marcos normativos, como a Constituição de 1988, o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da OIT, bem como os desafios institucionais e sociais enfrentados pelos povos indígenas no processo de proteção de seus territórios. O estudo destaca o papel da FUNAI, o impacto dos saberes ancestrais na conservação ambiental e o protagonismo indígena na formulação de modelos sustentáveis de gestão territorial. Conclui-se que a efetivação dos direitos territoriais indígenas é condição essencial para a justiça ambiental, o equilíbrio ecológico e a promoção de um modelo de desenvolvimento mais justo e plural.

Palavras-chave: demarcação de terras; povos indígenas; direito constitucional; justiça socioambiental; sustentabilidade.

ABSTRACT: This article analyzes the importance of demarcating indigenous lands as a legal and political mechanism for the implementation of socio-environmental sustainability in Brazil. From a legal-constitutional, documentary, and interdisciplinary approach, it examines the main regulatory milestones, such as the 1988 Constitution, the Indian Statute, and ILO Convention 169, as well as the institutional and social challenges faced by indigenous peoples in the process of protecting their territories. The study highlights the role of FUNAI, the impact of ancestral knowledge on environmental conservation, and the indigenous leadership in the formulation of sustainable territorial management models. It concludes that the realization of indigenous territorial rights is an essential condition for environmental justice, ecological balance, and the promotion of a more just and plural development model.

Keywords: land demarcation; indigenous peoples; constitutional law; socio-environmental justice; sustainability.

1 Advogado com dedicação exclusiva à assistência jurídica gratuita no âmbito do acordo entre a Defensoria Pública e a OAB, atuando com ênfase na defesa dos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica. Professor na Universidade São Francisco (USF), leciona nas áreas de Direito Previdenciário, Direitos Humanos e Direito Ambiental. Bacharel em Direito e em Gestão Financeira, com pós-graduação em Direito Administrativo, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Atualmente, graduando em Letras e mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Educação (aluno especial) pela USF Câmpus Itatiba. Membro da Comissão de Assistência Judicial da OAB Subseção de Itatiba/SP, presidente da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da mesma subseção. Membro do Conselho Local de Saúde, atuando como Delegado titular no Conselho Municipal de Saúde de Itatiba, representando a sociedade civil na formulação de políticas públicas. Militante comprometido com os direitos fundamentais e a construção de uma sociedade plural, inclusiva e democrática. Pesquisador e ativista na promoção dos direitos da população LGBTQIAPN+, com foco na interseção entre direito, justiça social e diversidade.

2 Graduada em Direito na Universidade São Francisco (USF).

1. INTRODUÇÃO

A terra possui um significado mais profundo para as comunidades indígenas, indo muito além da subsistência: ela é à base de sua identidade cultural, espiritual e social. Mesmo após séculos de luta, esses povos preservam uma relação ancestral com seus territórios, apesar das constantes ameaças à sua permanência. Desde os primeiros séculos da colonização, os indígenas sofreram com violência, exploração e perda de território, sem qualquer reconhecimento de seus direitos. Embora o Alvará Régio de 1680 tenha sido o primeiro ato oficial a reconhecer a posse indígena, sua aplicação foi ineficaz, perpetuando a marginalização.

As narrativas que assolam a história dos povos indígenas no Brasil foram, por séculos, contadas a partir de um olhar europeu, que transformou o “descobrimento” em um ato fundador da posse. Como observou Manuela Carneiro da Cunha³, esse batismo simbólico da terra marcou o início de uma narrativa que confundiu “nomeação” com “apropriação”, reduzindo civilizações milenares a um ponto de partida da história nacional. No entanto, como ressalta a autora, as catástrofes e guerras do contato não aniquilaram o legado indígena: apenas transformaram suas expressões e linguagens, que seguem vivas nas tradições orais, nas cosmologias e nas práticas comunitárias.

A trajetória normativa brasileira reflete esse percurso de negação e reconhecimento parcial. A Constituição de 1934 mencionou pela primeira vez o direito dos povos indígenas à posse de suas terras tradicionais, mas esse direito foi sistematicamente desvirtuado, sobretudo durante o período da Ditadura Militar (1964–1985), quando grandes projetos de “integração nacional” promoveram remoções forçadas e devastação ambiental.

Somente com a Constituição Federal de 1988, fruto de intensa mobilização indígena, consolidou-se o reconhecimento de que os direitos territoriais indígenas possuem natureza originária e caráter fundamental, não se configurando como concessões do Estado, mas como reconhecimento jurídico de uma existência anterior à própria formação do país. Tal compreensão desloca o enfoque assistencialista e afirma a centralidade dos povos indígenas como sujeitos de direito e agentes essenciais para a sustentabilidade socioambiental.

Diante desse panorama, a presente análise se justifica pelos desafios que ainda assolam os povos indígenas no que tange à posse e à proteção de suas terras. Torna-se essencial resgatar as origens ancestrais, a fim de reconhecer a intrínseca relação de interdependência entre o homem e a natureza, assegurando, assim, a plena efetivação da justiça socioambiental. Para tanto, é fundamental que essa caminhada se inicie pelo reconhecimento e respeito primário e inegociável: a defesa dos povos indígenas.

O objetivo deste trabalho é analisar as perspectivas e desafios na efetivação dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil, a partir de uma perspectiva jurídica-constitucional e socioambiental, e, ainda, na perspectiva indígena, com foco na proteção

3 CUNHA, Manuela Carneiro da. Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). História dos Índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 9-24. Disponível em: https://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/hist%3Ap9-24/p9-24_Cunha_Introducao_a_uma_historia_indigena.pdf. Acesso em: 27 out. 2025.

das terras tradicionais e na promoção da justiça socioambiental. Metodologicamente, a pesquisa adota uma abordagem qualitativa e descritiva, a partir de revisão bibliográfica e da análise da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto do Índio, bem como de relatórios produzidos por instituições especializadas. A metodologia visa compreender a evolução normativa e os entraves práticos à efetivação dos direitos indígenas, contextualizando-os em um cenário histórico, político e racial.

A estrutura do trabalho está organizada de forma a refletir o percurso histórico, jurídico e socioambiental dos direitos territoriais indígenas no Brasil, articulando teoria, legislação e prática. Na primeira seção, analisa-se as Áreas Protegidas e Unidades de Conservação, destacando sua relação direta com os povos indígenas e o papel dessas áreas na preservação ambiental e na manutenção dos modos de vida tradicionais. A segunda seção aborda a Legislação Indigenista, com ênfase na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Índio, examinando os dispositivos que asseguram os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas e a evolução da política indigenista brasileira. A terceira seção trata da Proteção Internacional, analisando a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e outros instrumentos internacionais que reforçam o direito à autodeterminação e à consulta prévia, livre e informada.

No mais, a quarta seção explora a Sabedoria Ancestral Aplicada à Preservação, destacando os saberes tradicionais como base para a sustentabilidade e como expressão da cosmovisão. Na quinta seção, discute-se a tese do Marco Temporal, apresentando seus impactos sobre a efetivação dos direitos territoriais e a inconstitucionalidade dessa limitação frente aos princípios da Carta Magna. A sexta seção examina o PL 2903/2023 e o Recurso Extraordinário 1017365, analisando os desdobramentos jurídicos e políticos das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na luta pela demarcação das terras indígenas. A sétima seção analisa o papel da FUNAI e de outras instituições públicas na implementação de políticas indigenistas e ambientais, abordando sua importância na articulação de programas de manejo sustentável, recuperação da vegetação nativa e pagamento por serviços ambientais.

Por fim, a oitava seção aprofunda a análise sobre o desmonte institucional da FUNAI, evidenciando o impacto do enfraquecimento das políticas públicas durante o período recente e suas consequências. Na nona seção, apresentam-se os principais desafios e possibilidades para a proteção dos povos indígenas, destacando entraves à demarcação de terras, conflitos fundiários, e caminhos para o fortalecimento da participação indígena em políticas ambientais e de desenvolvimento sustentável. A décima seção discute a Cogestão e as Políticas Públicas, apresentando experiências exitosas de gestão compartilhada, como o modelo australiano, propondo uma reflexão analítica sobre o socioambientalismo como paradigma de justiça e sustentabilidade, que reconhece a cosmovisão indígena como elemento essencial na construção de políticas públicas mais humanas e inclusivas.

2. ÁREAS PROTEGIDAS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Neste contexto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei n.º 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza⁴ (SNUC). Essa norma estabelece critérios e procedimentos para a criação, a implantação e a gestão das Unidades de Conservação (UC's), com o objetivo de assegurar a preservação da biodiversidade e dos recursos naturais, de acordo com diferentes graus de proteção e usos permitidos.

Nos termos do artigo 225, §1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, compete ao Poder Público definir, em todas as unidades federativas, espaços territoriais especialmente protegidos, cuja alteração ou supressão somente pode ocorrer mediante lei específica⁵. É vedado o uso que, comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Assim, consolidaram-se a figura das Unidades de Conservação como áreas legalmente protegidas e submetidas a um regime especial de administração.

Conforme o artigo 7º da Lei n.º 9.985/2000, as Unidades de Conservação são classificadas em duas categorias principais: Proteção Integral e Uso Sustentável. A primeira tem como objetivo preservar integralmente a natureza, permitindo apenas o uso indireto dos recursos naturais, como pesquisas científicas, atividades de educação ambiental e turismo ecológico. A segunda visa compatibilizar a conservação com o uso sustentável dos recursos naturais, permitindo sua exploração de forma controlada por populações tradicionais.

Diferentemente das áreas de Proteção Integral, onde é vedada a presença humana permanente, as Unidades de Uso Sustentável e as Terras Indígenas permitem a presença de populações tradicionais, desde que em conformidade com os objetivos de conservação. Ressalta-se que tais comunidades não apenas ocupam essas áreas, mas são agentes essenciais na sua proteção, desmistificando a percepção equivocada de que seu modo de vida representa ameaça à conservação ambiental⁶.

Assim, as Terras Indígenas são voltadas à proteção dos modos de vida, culturas e subsistência das populações indígenas, permitindo o uso dos recursos naturais para fins internos e tradicionais. Já as Unidades de Uso Sustentável permitem também o uso externo, conforme estabelecido em plano de manejo. Por sua vez, as Unidades de Proteção Integral visam à conservação estrita, não permitindo exploração direta⁷.

De acordo com dados do Instituto Socioambiental (ISA), entre 2020 e 2022, o Brasil contava com 336 Unidades de Conservação federais, das quais 145 localizavam-se na Amazônia Legal. Somadas às 191 unidades estaduais, esse sistema abrangia 121 Unidades de Proteção Integral e 215 de Uso Sustentável, presentes em 338 municípios. Tais

4 BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

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

6 IEPE, *op. cit.*, 2018.

7 *Idem, Ibidem.*

unidades favorecem a conservação, o ecoturismo e o desenvolvimento sustentável, beneficiando diretamente 147 municípios com UCs de Proteção Integral e 279 com UCs de Uso Sustentável⁸.

Apesar da expressividade das áreas protegidas — cerca de 32% do território nacional⁹ —, a fiscalização ainda é precária, revelando um distanciamento entre o arcabouço normativo e a realidade prática. Em comparação, cerca de 30 países apresentam proporções maiores de áreas protegidas e conseguem, por meio de tecnologias sustentáveis, conciliar produção e conservação, reduzindo a necessidade de desmatamento.

O histórico recente brasileiro comprova essa possibilidade: entre 2004 e 2012, houve crescimento da produção agropecuária¹⁰, enquanto, as taxas de desmatamento na Amazônia diminuía¹¹. Isso evidencia que é possível aliar o desenvolvimento econômico com práticas ambientalmente responsáveis.

Portanto, a demarcação e conservação das Terras Indígenas constituem medidas essenciais para a preservação da biodiversidade e o equilíbrio ambiental. Tais áreas representam uma das formas mais eficazes de conter o desmatamento e garantir a sustentabilidade ecológica, ao mesmo tempo em que promovem os direitos fundamentais dos povos originários¹².

No entanto, o processo de demarcação ainda encontra diversos entraves, sobretudo, por pressões de ordem econômica e política. A morosidade na regularização territorial não compromete apenas os direitos indígenas, mas também a qualidade ambiental em escala mais ampla¹³.

Dessa forma, a Lei nº 9.985/2000 valoriza a contribuição das populações tradicionais à conservação ambiental, reconhecendo sua permanência em determinadas unidades. Persistem, contudo, divergências entre abordagens preservacionistas, que defendem espaços intocados, e socioambientais, que valorizam a convivência equilibrada entre ser humano e natureza. A efetividade da legislação dependerá da busca por soluções harmônicas, que unam proteção ambiental e justiça social.

8 MURER, B. M.; FUTADA, S. de M. Painel de Dados. Unidades de Conservação no Brasil: ISA, [s.d.]. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/pt-br/paineldedados>. Acesso em: 28 out. 2025.

9 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). A demarcação das Terras Indígenas é decisiva para conter o desmatamento e manter funções climáticas essenciais. 2022. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/a-demarcacao-das-terras-indigenas-e-decisiva-para-conter-o-desmatamento-e-manter-funcoes-climaticas-essenciais>. Acesso em: 6 maio 2025.

10 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). IBGE retrata cobertura natural dos biomas do país de 2000 a 2018. Agência de Notícias IBGE, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28944-ibge-retrata-cobertura-natural-dos-biomas-do-pais-de-2000-a-2018>. Acesso em: 6 maio 2025.

11 INPE. PRODES – Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica por Satélite: taxas anuais. São José dos Campos: INPE, 2012. Disponível em: http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=3155. Acesso em: 6 maio 2025.

12 IEPE, *op. cit.*, 2018.

13 GERMANO, Nathali. A proteção do meio ambiente nas terras indígenas: uma análise à luz da sustentabilidade. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 17, n. 1, p. 318-336, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito>. Acesso em: 6 maio 2025.

3. PROTEÇÃO INTERNACIONAL

A Convenção nº 169 da OIT¹⁴, ratificada pelo Brasil em 2002, define diretrizes essenciais voltadas à garantia dos direitos dos povos indígenas. Entre seus principais fundamentos, destaca-se o direito desses povos à consulta prévia, livre e informada sempre que forem planejadas ações ou projetos que possam impactar suas terras ou modos de vida. Além disso, a convenção reconhece a autodeterminação dos povos indígenas, assegurando-lhes o direito de preservar e fortalecer suas próprias instituições sociais, culturais e econômicas.

Diante do exposto, a terra é um elemento essencial para a cultura, sustento e sobrevivência dos povos indígenas. A Constituição Federal reconhece a posse permanente dessas terras pelos indígenas, cabendo ao Estado sua demarcação e proteção.

De maneira análoga, o Brasil também é signatário de diversos tratados e declarações internacionais, que veem somente reforçando a necessidade de proteção dos povos indígenas, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁵, afirmando o direito à autodeterminação, ao uso da terra e à cultura, bem como, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁶, que garante a liberdade cultural e a autodeterminação.

4. LEGISLAÇÃO INDIGENISTA

Primordialmente, cumpre ressaltarmos que a história indígena é um grande processo de transformação, o que afasta a idéia errônea de que povos originários pertencem a um passado estático. Cunha¹⁷, afirma que a história nunca se sustenta, evidenciando que as culturas indígenas se mantêm presentes e ativas, ressignificando suas tradições e identidades por meio das narrativas, mitos e práticas sociais. Essa perspectiva reforça a compreensão de que a história indígena não é um vestígio arqueológico, mas uma construção contínua, atravessada por resistências, adaptações e recriações simbólicas.

Neste diapasão, anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro vinha promovendo políticas que tentavam uma integração dos povos indígenas juntamente a sociedade nacional. Entretanto, a abordagem visava uma transformação desta população, de modo a modificar o seio desta comunidade, seus costumes, crenças, cultura, transformando-o em um “não indígena”.

Essa tentativa de assimilação não é um fenômeno isolado do Brasil, mas parte de um padrão mais amplo de dominação, que Aníbal Quijano denomina de “colonialidade do poder”¹⁸.

14 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. Genebra: OIT, 1989. Ratificada pelo Brasil em 2002.

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nova York: ONU, 2007.

16 *Id.*, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Nova York: ONU, 1966. Ratificado pelo Brasil em 1992.

17 CUNHA, 1987. p. 9-24.

18 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

Segundo o autor, “a colonialidade do poder [...] impôs uma classificação racial/étnica da população mundial como instrumento básico da dominação social universal e permaneceu operando como parte do padrão mundial de poder até hoje”¹⁹. Nesse contexto, os saberes e formas de organização social dos povos indígenas foram historicamente tratados como inferiores, sendo substituídos por modelos ocidentais. Como destaca o autor, “as experiências e os conhecimentos produzidos pelas populações colonizadas foram sistematicamente desvalorizados, negando-se sua legitimidade como formas válidas de compreensão e organização do mundo”²⁰. Essa deslegitimação dos saberes tradicionais foi central na política indigenista brasileira até a redemocratização, justificando práticas de tutela e apagamento cultural.

Esta visão integracionista perdurou até 88, onde com a Constituição Democrática, modificou este olhar no que se referia a relação do Estado com os povos indígenas, reconhecendo o óbvio que fora negado a essas comunidades, desde o início, o direito de serem e permanecerem como indígenas, abrangendo seus costumes, terras, e considerando sua identidade²¹.

Entretanto, Cunha²² observa que a política de integração no Brasil se confunde com um processo de assimilação cultural, o que é amplamente rejeitado pelos povos originários. Segundo a autora, essa forma de integração mantém o propósito de suprimir as diferenças culturais, abrindo espaço para a apropriação das terras indígenas pelo capital.

Como advertiu o antropólogo Claude Lévi-Strauss²³, em seu discurso às Nações Unidas, valorizar apenas o passado dos povos indígenas é repetir os mesmos equívocos, pois o contato inevitável com outras culturas transforma continuamente suas formas de vida, sem que isso signifique perda de identidade, mas sim adaptação e resistência.

Em uma análise mais aprofundada, esse direito conquistado pelos povos originários abrangeu a organização social destas comunidades, seus usos, costumes, religiões, línguas, mas também, incluindo não só a habitação, porém ainda, a produção, preservação do meio ambiente, assegurando a necessária da reprodução física e cultural²⁴.

Soma-se a isto, o fato da Constituição de 88, ter concebido a essas comunidades o direito de opinar sobre o aproveitamento destes recursos naturais e de postular em juízo, de maneira a estabelecer melhores garantias da exploração de recursos naturais, em especial, a exploração de minerais, para que exigisse uma prévia anuência do Congresso Nacional, proibindo a remoção de grupos indígenas, dando ao Congresso Nacional a pos-

19 *Ibid.*, p. 117.

20 *Ibid.*, p. 122.

21 ROMERO, Ellen Cristina Oenning; LEITE, Vera Lúcia Marques. Terras indígenas: usufruto exclusivo e proteção do meio ambiente. *Tellus*, Campo Grande - MS, ano 10, n. 18, p. 139-160, jan./jun. 2010.

22 CUNHA, 1987. p. 9-24.

23 LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 328-366.

24 *Ibid.*, *loc. cit.*

sibilidade de estudos de eventuais exceções, no entanto, acima de tudo, garantiu o direito de existência aos povos originários²⁵.

Todavia, apesar da conquista, isso não gerou resultados imediatos, o que ocorre até os dias atuais, a demora e o reconhecimento na demarcação das terras ainda é um fato, pois, faz-se imprescindível para a manutenção física e social dessas comunidades.

Por força do artigo 20 da Constituição Federal, as terras indígenas são bens pertencentes à União, sendo bens públicos de natureza especial, inalienável e indisponível, possuindo os direitos sobre si imprescritíveis (artigo 231, §4º). No entanto, a União não detém direito de gozo e fruição, cabendo esses direitos as comunidades indígenas, por meio dos institutos da posse permanente e do usufruto exclusivo (artigo 231, §2º), que se difere do usufruto privado, pois, se assemelha a natureza do direito real sobre coisa alheia, permitindo a percepção dos frutos e utilidades do bem.

O artigo 231, §1º, da Constituição Federal de 1988 define as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas como aquelas que são por eles habitadas de forma permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, essenciais à preservação dos recursos ambientais indispensáveis ao seu bem-estar, bem como necessárias à reprodução física e cultural desses povos, conforme seus próprios usos, costumes e tradições.

Insta salientar que, terras tradicionalmente referem-se à manutenção de hábitos, como: organização social com base em normas de parentesco, uso de métodos próprios para a resolução de confrontos internos, organização ritual e religiosa, modo de produção e ocupação, e, ainda, a utilização da terra.

Ademais, de acordo com José Afonso da Silva, o uso do termo permanente “[...] não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat”²⁶.

Com isso, a legislação indigenista brasileira se fundamenta em diversas normas jurídicas e convenções internacionais. Entre os principais instrumentos legais que protegem os direitos dos povos indígenas, destacam-se os apresentados a seguir.

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos dos povos indígenas, conferindo-lhes uma nova perspectiva de autonomia e garantias constitucionais. Entre os dispositivos mais relevantes, destaca-se o artigo 231, que reconhece aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, atribuindo à União a responsabilidade pela demarcação, proteção e respeito aos bens dessas comunidades. Já o artigo 232, assegura a legitimidade dos indígenas e de suas comunidades para ingressarem em juízo na defesa de seus direitos e interesses, fortalecendo, assim, sua capacidade de atuação e proteção jurídica.

25 MARÉS, Carlos Frederico. Direito dos índios. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 90-91.

26 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.860.

Portanto, a demarcação de terras indígenas no Brasil é um processo administrativo conduzido pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), regulado Decreto n.º 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que regulamenta o procedimento²⁷, o qual envolve diversas etapas. Primeiramente, realiza-se a fase de identificação, na qual são elaborados estudos técnicos para determinar a extensão e os limites da terra tradicionalmente ocupada, com a participação de um antropólogo e de um profissional da área ambiental. Em seguida, o relatório produzido deve ser aprovado pela FUNAI e divulgado em jornais e no Diário Oficial da União. Após a divulgação, abre-se um prazo de 90 (noventa) dias para que pessoas físicas, prefeituras, empresas ou órgãos governamentais apresentem contestações ao estudo. Superada essa fase, ocorre à delimitação da terra, formalizada por meio da publicação de uma portaria que estabelece os limites do território. Posteriormente, o processo segue para o Ministério da Justiça, que emite uma declaração de reconhecimento da terra indígena. Em seguida, por meio de decreto presidencial homologa-se a demarcação, formalizando a posse indígena. Por fim, a terra é registrada em cartório como propriedade da União destinada ao uso exclusivo dos povos indígenas.

3.2. ESTATUTO DO ÍNDIO (LEI Nº 6.001/1973)

O Estatuto do Índio, instituído pela Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, regula a situação jurídica dos povos indígenas no Brasil, estabelecendo diretrizes para a proteção de suas culturas, terras e direitos²⁸. Embora anterior à Constituição Federal de 1988, diversos dispositivos dessa legislação permanecem em vigor, especialmente aqueles relacionados à proteção das terras indígenas e à assistência prestada pelo Estado. O artigo 1º da lei estabelece que, seu propósito seja “preservar a cultura indígena e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

O Estatuto classifica os indígenas em três categorias: isolados, em vias de integração e integrados, conforme o grau de contato e assimilação à sociedade nacional, conforme estabelecido no artigo 4º. Além disso, a lei define as terras indígenas em três modalidades: Terras Ocupadas Tradicionalmente, Terras Reservadas e Terras de Domínio dos Índios. O artigo 18 dispõe que as terras indígenas não podem ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato que restrinja o pleno exercício da posse direta pelas comunidades indígenas.

Apesar de seu caráter protetivo, o Estatuto do Índio tem sido criticado por adotar uma perspectiva integracionista, visando à assimilação dos povos indígenas à sociedade nacional, o que conflita com os princípios de autodeterminação e reconhecimento da diversidade cultural consagrados na Constituição de 1988. Essa abordagem tem gerado debates sobre a necessidade de atualização da legislação para refletir uma visão mais pluralista e respeitosa das especificidades indígenas²⁹.

27 BRASIL. Decreto n.º 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Regulamenta o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.

28 BRASIL. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973.

29 BARBOSA, Juliana de Matos; PREVE, Daniel Ribeiro. O direito dos povos indígenas à terra e justiça socioambiental. Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Niterói, v. 16, n. 1, p. 111-129, jan./abr. 2024. Dispo-

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na proteção dos direitos dos povos indígenas, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esse reconhecimento constitucional trouxe à tona a necessidade de revisão do Estatuto do Índio, para alinhá-lo aos novos paradigmas de respeito à diversidade e à autodeterminação dos povos indígenas³⁰.

5. MARCO TEMPORAL

O marco temporal é uma tese que limita o direito dos povos indígenas à demarcação de suas terras. De acordo com essa interpretação, só teriam direito à demarcação as comunidades que estivessem fisicamente ocupando suas terras em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal. Na prática, isso significa ignorar séculos de expulsões, violências e deslocamentos forçados. Por isso, as próprias comunidades indígenas alertam que o marco temporal representa um grave retrocesso, contrariando não apenas os artigos 231 e 232 da Constituição, mas também diversos tratados e convenções internacionais que protegem seus direitos.

A Constituição de 1988 é clara ao determinar que o Estado deve reconhecer e demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, assegurando seus direitos originários e imprescritíveis à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas naturais, como os recursos do solo, dos rios e dos lagos. Neste mesmo sentido, é também dever da União proteger e fiscalizar essas áreas, garantindo não apenas seus bens materiais, mas também os imateriais, como as línguas, tradições, crenças, rituais e costumes que constituem a identidade de cada povo tradicional.

Mais do que reconhecer o território, a Constituição reconhece a autonomia dos povos indígenas, permitindo que exerçam sua cidadania sem depender da tutela do Estado. Esse reconhecimento foi um marco histórico, pois passou a considerar as comunidades indígenas sujeitos de direitos plenos, com personalidade jurídica própria, isto é, poderem recorrer ao Judiciário e defender seus interesses sem a necessidade de intermediação de órgãos governamentais.

Assim, o direito a terra é reconhecido como originário, ou seja, anterior ao próprio Estado brasileiro e independente de qualquer título de propriedade (art. 231, caput). O §6º do artigo 231 deixa claro que todo título de domínio sobre terras indígenas é nulo e sem efeito jurídico, ainda que adquirido de boa-fé:

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo (...) não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização, salvo quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

nível em: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-202416106>. Acesso em: 6 maio 2025.

30 IEPE, *op. cit.*, 2018.

Em outras palavras, qualquer título de propriedade que recaia sobre áreas indígenas é inválido. Compete à União, por meio de seus órgãos competentes, realizarem os estudos e procedimentos administrativos de demarcação, conforme o Decreto nº 1.775/1996.

Posto isto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirma esse entendimento ao declarar que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, não podendo ser vendidas, transferidas, nem utilizadas por terceiros. Assim, consolida-se a noção de que os direitos territoriais dos povos indígenas são anteriores à própria ordem jurídica e não prescrevem com o tempo (§4º do art. 231).

À vista disso, esses povos não podem ser removidos de seus territórios, salvo em casos extremos, como catástrofes, epidemias ou situações de interesse da soberania nacional, desde que autorizadas pelo Congresso Nacional e com garantia de retorno imediato após o fim do risco (§5º do art. 231).

A Constituição ainda enfatiza, no §2º do artigo 231, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas se destinam à posse permanente e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais que não se encontram no subsolo. A exploração desses recursos, por sua vez, só pode ocorrer por relevante interesse público da União, mediante lei complementar, que até hoje não foi aprovada.

No que se refere às benfeitorias realizadas de boa-fé, a União deve indenizar seus ocupantes, mas não há indenização pela terra em si, já que ela pertence, por direito originário, aos povos indígenas. O artigo 67 das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que todas as demarcações deveriam ser concluídas até 5 de outubro de 1993. Entretanto, segundo dados do Brasil de Fato³¹, ainda existem 304 terras indígenas aguardando demarcação no país, um retrato da dívida histórica do Estado brasileiro com seus povos originários.

Insta salientar que, a ideia de terra indígena e posse tradicional não se resumem à presença física em determinado território. Trata-se de um conceito muito mais amplo, que abrange todas as áreas necessárias à reprodução física, social e cultural dos povos, incluindo locais de caça, pesca, coleta, cemitérios, espaços rituais e de circulação.

Como explica José Afonso da Silva, os direitos indígenas são direitos fundamentais, e a Constituição rompeu com a antiga visão civilista de posse e propriedade. A posse indígena passou a ser reconhecida como um direito natural, ou seja, um direito que existe desde sempre, antes mesmo do Estado.

Sob essa perspectiva, o marco temporal é incompatível com a própria lógica dos direitos originários, pois ignora que muitos povos foram expulsos de suas terras por força da colonização e de projetos econômicos. O fato de não estarem fisicamente em suas terras em 1988 não apaga o vínculo histórico e espiritual que mantêm com elas. O §6º do artigo 231 garante que, independentemente disso, os títulos incidentes são nulos e a posse indígena é legítima e originária.

31 MONCAU, Gabriela. Marco temporal afeta todas as 304 Terras Indígenas não demarcadas no país, admite Funai. Brasil de Fato, 28 jul. 2025. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2025/07/28/marco-temporal-afeta-todas-as-304-terras-indigenas-nao-demarcadas-no-pais-admite-funai>. Acesso em: 28 out. 2025.

6. PL 2903/2023 E RE 1017365

Ante todo o exposto, em setembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal reafirmou esse entendimento ao julgar o Recurso Extraordinário 1017365, fixando tese de repercussão geral e rejeitando definitivamente o marco temporal como critério para a ocupação tradicional das terras indígenas. A decisão foi celebrada em todo o país.

Nas palavras de Setembrino Canlem, cacique geral dos Xokleng de Santa Catarina:

Passa um filme na mente da gente. Quantas lideranças lutaram por isso, né? Nossos antepassados que lutaram e hoje não estão mais aqui. Essa vitória é deles também [...]³²

A fala do cacique resume o sentimento de um povo que resiste há séculos, pelo reconhecimento de que a terra não é apenas território, mas vida, memória e futuro. Contudo, a celebração não durou muito, dado que, em outubro de 2023, o debate retornou à cena política, após o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva vetar parcialmente o PL 2903/2023, conhecido como “PL do Marco Temporal”.

Entre os dispositivos vetados estão: a fixação da data de 05 de outubro de 1988, como marco; a flexibilização da política de não contato com povos isolados; a possibilidade de retomada de áreas indígenas em caso de “perda de traços culturais”; a instalação de estruturas públicas sem consulta prévia às comunidades afetadas; e o cultivo de transgênicos em terras indígenas.

Ainda assim, três dispositivos acabaram sancionados na Lei nº 14.701/2023, o que mantém preocupações entre as comunidades indígenas. O artigo 5º amplia a participação de Estados e Municípios nas demarcações, o que pode atrasar os processos; o artigo 26º autoriza a “cooperação econômica” entre indígenas e não indígenas, abrindo brechas para assédios e exploração; e o artigo 20º permite que o usufruto exclusivo das terras seja limitado por “interesse de política de defesa nacional”, uma cláusula vaga que pode justificar intervenções militares em territórios indígenas.

Dessa forma, ainda prevalece o que determina a Constituição Federal, em seu §6º do artigo 231, que estabelece qualquer restrição ao usufruto só possamos ocorrer mediante lei complementar, preservando a superioridade dos direitos originários sobre legislações infraconstitucionais.

7. SABEDORIA ANCESTRAL APLICADA À PRESERVAÇÃO

Em primeiro plano, a emergência climática configura-se como uma crise global de caráter urgente, demandando medidas imediatas e eficazes para conter e atenuar os efeitos das mudanças climáticas. A natureza tem revelado, por meio de eventos extremos e desequilíbrios ambientais, indícios evidentes das interferências humanas que desestabilizam os sistemas naturais. Diante desse cenário, a própria continuidade da vida humana

32 FASOLO, Carolina. STF enterra tese do marco temporal das demarcações de terras indígenas. Socioambiental: ISA, 2023. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/stf-enterra-tese-do-marco-temporal-das-demarcacoes-de-terras-indigenas>. Acesso em: 28 out. 2025.

encontra-se em risco, sendo comprometida pelas decisões e ações adotadas pela sociedade ao longo do tempo.

O relato de um dos líderes Yanomami, Davi Kopenawa:

Quando se come o fruto, o plantio da semente/caroço ao contrário de jogar na lixeira é um ato de respeito a natureza como uma forma de agradecimento pelo alimento recebido, já que cada caroço contém a promessa de uma grande árvore, demonstram também como a cosmovisão de seu povo consideram as árvores como colunas de sustentação do céu, logo, a destruição da floresta ocasionará a queda do céu e o fim da humanidade³³.

De acordo com a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO):

Os povos indígenas são parceiros inestimáveis no fornecimento de soluções para mudanças climáticas e na criação de um mundo sem fome. Nunca alcançaremos soluções a longo prazo para as mudanças climáticas e para a segurança alimentar e nutricional sem buscar ajuda e proteger o direito dos povos indígenas³⁴.

Partindo desta perspectiva, a maioria dos povos indígenas detém uma relação intrínseca com o meio ambiente, com raízes em suas culturas, crenças e modo de vida³⁵. Ao longo dos séculos, essa população desenvolveu conhecimentos e práticas tradicionais que revelam uma harmonia zelosa com os ecossistemas que habitam.

Neste diapasão, os povos indígenas têm um papel essencial na conservação do meio ambiente e na promoção da sustentabilidade em nível global. O reconhecimento da importância de suas práticas tradicionais e de seu conhecimento ancestral para o direito ambiental tem crescido, tornando-se um tema central nos debates internacionais. No Brasil, esse vínculo com a natureza pode ser observado em várias etnias, incluindo os Guarani Kaiowá, cuja cultura e modos de subsistência estão profundamente interligados ao ambiente natural³⁶.

A sabedoria ecológica dos povos indígenas é um legado transmitido por gerações, proporcionando uma compreensão detalhada das dinâmicas naturais e da biodiversidade. Relatórios da ONU indicam que aproximadamente 80% da biodiversidade mundial estão situadas em territórios indígenas, evidenciando a conexão entre seu modo de vida e a manutenção de ecossistemas equilibrados³⁷.

33 KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. A queda do céu: palavras de um xamã yanomami. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

34 FAO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO. O estado das florestas do mundo 2020: florestas, biodiversidade e as pessoas. Roma: FAO, 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/publications>. Acesso em: 06 maio 2025.

35 KRENAK, Ailton. Ideias para adiar o fim do mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

36 BARBOSA; PREVE, *op. cit.*, 2024.

37 UNEP – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. *Making Peace with Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 2023. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/making-peace-nature>. Acesso em: 6 maio 2025.

Para Mello e Peñafiel³⁸ os povos indígenas contribuem para a proteção da natureza em três aspectos: (i) presença das comunidades indígenas como meio de efetivação da proteção ambiental; (ii) práticas e ações que ressignificam a relação e o valor da natureza; (iii) normas que protegem os povos indígenas asseguram participação e diálogos em relação ao meio ambiente.

É notório que, o primeiro aspecto a ser considerado, destacado inclusive pelos autores, é o fato de as terras indígenas serem menos desmatadas, destacando-se ainda que, essas comunidades criam mecanismos de defesas das florestas em casos de invasores, de atividades ilícitas³⁹, métodos que também são possíveis observar na prática, como no documentário *O Território*⁴⁰.

Essas comunidades aplicam estratégias sustentáveis de uso da terra, como a gestão responsável de florestas e práticas agrícolas de baixo impacto, que se mostram altamente eficientes para a conservação da biodiversidade. Essas abordagens contrastam com modelos tradicionais de exploração ambiental, que frequentemente resultam em degradação e perda de habitats. Além disso, métodos como queimadas controladas e reflorestamento natural contribuem para a recuperação do solo e fortalecem a resiliência dos ecossistemas⁴¹.

A visão de mundo indígena enfatiza a interconexão entre seres humanos e natureza, influenciando diretamente em seu comportamento ambiental. Essa perspectiva pode servir de referência para a sociedade contemporânea na busca por um modelo de desenvolvimento mais sustentável e equilibrado⁴².

Além de suas práticas sustentáveis, os povos indígenas desempenham um papel central na proteção de ecossistemas vulneráveis. Estudos indicam que territórios indígenas apresentam níveis de conservação superiores aos de áreas oficialmente protegidas pelos governos, pois, suas populações dependem diretamente da preservação do meio ambiente para sua subsistência⁴³. Esse fato se deve à utilização sustentável dos recursos naturais, ao respeito pelos ciclos ecológicos e à transmissão contínua de conhecimento tradicional.

Técnicas agrícolas ancestrais, como os sistemas agroflorestais, favorecem a regeneração do solo sem o uso intensivo de fertilizantes químicos e pesticidas. Métodos como o policultivo e a rotação de culturas reduzem impactos ambientais e garante segurança alimentar para essas comunidades⁴⁴.

38 MELLO, Pedro Estevam Alves Pinto de; PEÑAFIEL, Pablo Rodrigo Neri. Os direitos da natureza e os direitos dos povos indígenas: entre o discurso da ONU e a prática dos estados latino-americanos. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 17, n. 2, p. 222-243, 2020, p. 238.

39 MELLO; PEÑAFIEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

40 NATIONAL GEOGRAPHIC, *op. cit.*, 2022.

41 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

42 *Idem*, *Ibidem*.

43 IPBES – PLATAFORMA INTERGOVERNAMENTAL SOBRE BIODIVERSIDADE E SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS. Relatório de Avaliação Global sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos. Bonn: IPBES, 2022. Disponível em: <https://ipbes.net/global-assessment>. Acesso em: 6 maio 2025.

44 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

Além disso, o conhecimento tradicional auxilia na prevenção e no controle de desastres naturais. Os povos indígenas possuem uma percepção apurada das variações climáticas e dos sinais de alerta naturais, permitindo-lhes antecipar e minimizar os impactos de fenômenos como secas, enchentes e incêndios florestais. Esse saber pode complementar abordagens científicas modernas e ser integrado a estratégias globais de enfrentamento das mudanças climáticas⁴⁵.

A legislação internacional, como a Convenção 169 da OIT, assegura o direito dos povos indígenas de manter suas práticas culturais e administrar seus territórios. No Brasil, a Constituição de 1988 reconheceu a posse das terras tradicionalmente ocupadas por essas comunidades, reforçando seu papel na proteção ambiental.

Entretanto, apesar dos avanços jurídicos, os povos indígenas ainda enfrentam ameaças. A expansão do agronegócio, a exploração de recursos naturais e o enfraquecimento das políticas ambientais colocam em risco seus territórios e seu modo de vida. Segundo um relatório do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em 2023 houve um aumento preocupante do desmatamento e das invasões ilegais em áreas indígenas⁴⁶.

A inclusão ativa dos povos indígenas na governança ambiental tem gerado impactos positivos. Experiências de cogestão de parques nacionais demonstram que, quando essas comunidades participam da administração de áreas protegidas, a conservação ambiental se torna mais eficiente⁴⁷.

Os povos indígenas desempenham um papel essencial na promoção da harmonia entre sociedade e meio ambiente. Sua contribuição para o direito ambiental vai além da conservação da biodiversidade, incorporando uma cosmovisão singular sobre a interação entre os seres humanos e o natural. A garantia de seus direitos e o fortalecimento de sua participação nos processos decisórios ambientais constituem elementos fundamentais para a construção de um modelo de desenvolvimento mais sustentável e justo⁴⁸.

Assim, os prejuízos causados pelo modelo econômico vigente, o socioambientalismo surge como uma proposta alternativa, que busca equilibrar a proteção ambiental com a promoção da justiça social. Essa abordagem considera que a preservação dos ecossistemas deve estar diretamente relacionada à garantia dos direitos e da autonomia dos povos indígenas, permitindo que eles desempenhem um papel ativo na gestão de seus territórios.

Nesse contexto, o socioambientalismo propõe que os conhecimentos tradicionais indígenas sejam reconhecidos e incorporados às políticas de conservação ambiental. Métodos indígenas de manejo sustentável da terra, agroecologia e uso equilibrado da biodi-

45 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

46 CIMI - Conselho Indigenista Missionário. RELATÓRIO – Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2023. 21. ed. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2024. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 28 out. 2025.

47 FAO; FILAC. Povos indígenas e comunidades tradicionais e a governança florestal. Santiago: FAO; FILAC, 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/en/c/1391340/>. Acesso em: 17 maio 2025.

48 BARBOSA; PREVE, *op. cit.*, 2024.

versidade demonstram que é possível explorar os recursos naturais sem comprometer a renovação dos ecossistemas⁴⁹.

Essa abordagem defende a participação ativa dos povos indígenas nas decisões políticas relacionadas ao meio ambiente e ao desenvolvimento, priorizando o fortalecimento de sua autonomia em vez da imposição de soluções externas. O socioambientalismo promove iniciativas como a gestão ambiental sustentável, por meio do incentivo às práticas tradicionais de conservação e manejo dos recursos naturais; o desenvolvimento econômico sustentável, com o apoio a cadeias produtivas indígenas, como o extrativismo sustentável e o turismo comunitário; a proteção dos territórios, assegurando a demarcação das terras indígenas e o fortalecimento dos mecanismos de fiscalização para coibir invasões e a exploração ilegal; e, por fim, a educação intercultural, que visa integrar os saberes tradicionais aos conhecimentos científicos, contribuindo para uma gestão mais eficaz e respeitosa dos territórios indígenas⁵⁰.

Com essa abordagem, o socioambientalismo se apresenta como uma alternativa viável para conciliar a preservação ambiental e o respeito aos direitos dos povos indígenas. Em um contexto de degradação dos ecossistemas e mudanças climáticas, reconhecer e fortalecer os modos de vida indígenas pode ser uma solução essencial para promover um futuro mais sustentável e justo.

8. O PAPEL DA FUNAI E OUTRAS INSTITUIÇÕES

A FUNAI desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos dos povos indígenas no Brasil, incluindo suas práticas de manejo ambiental e recuperação da vegetação nativa. No entanto, a atuação da instituição nesse campo ainda apresenta desafios que precisam ser superados para potencializar a contribuição indígena à restauração ecológica do país. Além da Funai, outras instituições governamentais e não governamentais desempenham papéis complementares, promovendo políticas e programas que podem fortalecer a participação indígena na recuperação da vegetação nativa⁵¹.

O Brasil possui um arcabouço normativo que reconhece a importância das Terras Indígenas (TIs) para a conservação ambiental e o uso sustentável dos recursos naturais. A Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas⁵² (PNGATI), instituída pelo Decreto nº 7.747/2012, é um dos principais instrumentos para garantir a autonomia indígena na gestão de seus territórios, incluindo a recuperação de áreas degradadas.

49 BARBOSA; PREVE, *op. cit.*, 2024.

50 *Idem, Ibidem.*

51 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

52 BRASIL. Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI). Brasília, DF: Presidência da República, 2012.

Além disso, a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa⁵³ (PROVEG) e o Plano Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa⁵⁴ (PLANAVEG) estabelecem diretrizes para a restauração ecológica no Brasil. Contudo, esses instrumentos ainda não integram de forma efetiva os povos indígenas como protagonistas nas estratégias de recuperação ambiental, apesar de sua expertise em manejo sustentável⁵⁵.

A FUNAI tem potencial para articular a implementação dessas políticas dentro das Terras Indígenas, promovendo o fortalecimento de arranjos produtivos baseados em conhecimentos tradicionais e garantindo o acesso dos povos indígenas aos incentivos disponíveis para a restauração ambiental⁵⁶.

Nos últimos anos, diversos programas têm buscado incentivar a recuperação da vegetação nativa no Brasil, mas a participação indígena ainda é incipiente. A FUNAI pode atuar como mediadora entre as comunidades indígenas e esses programas, garantindo que suas especificidades sejam consideradas⁵⁷.

Uma iniciativa de destaque é a formação de redes de sementes nativas, a exemplo da Rede de Sementes do Xingu, que integra comunidades indígenas em atividades de coleta e comercialização de sementes voltadas à restauração ambiental. Esse modelo apresenta potencial para ser replicado em outras regiões, desde que conte com o apoio de órgãos como a FUNAI e de instituições ambientais⁵⁸.

Além disso, a FUNAI pode incentivar parcerias entre comunidades indígenas e órgãos como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e o Serviço Florestal Brasileiro, garantindo que as técnicas indígenas de manejo sejam reconhecidas e aplicadas em larga escala⁵⁹.

Outra perspectiva relevante diz respeito à possibilidade de implementação de programas de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), por meio dos quais as comunidades indígenas poderiam receber compensações financeiras em reconhecimento às suas ações de preservação e restauração da vegetação nativa. Nesse contexto, a FUNAI tem potencial para exercer um papel estratégico, atuando na articulação dessas iniciativas com os órgãos financiadores e na capacitação das comunidades para que possam acessá-las de forma efetiva.

Entretanto, o PSA ainda enfrenta críticas e desafios em relação à sua regulamentação e aplicação prática. O princípio do “protetor-recebedor” surgiu como uma alternativa multidisciplinar aos tradicionais princípios do “poluidor-pagador” e do “usuário-paga-

53 BRASIL. Decreto nº 8.972, de 23 de janeiro de 2017. Institui a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa (Proveg). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 jan. 2017.

54 BRASIL. Portaria Interministerial nº 230, de 14 de novembro de 2017. Estabelece o Plano Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa (Planaveg). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 nov. 2017.

55 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

56 *Idem, Ibidem.*

57 *Idem, Ibidem.*

58 *Idem, Ibidem.*

59 BRASIL. Decreto nº 9.010, de 29 de março de 2017. Aprova a Estrutura Regimental da FUNAI. Brasília, DF: Presidência da República, 2017.

dor”, os quais têm apresentado resultados limitados. Apesar de ainda pouco difundido, seja pela ausência de legislações municipais específicas ou pela falta de conhecimento sobre o mecanismo, o PSA tem se mostrado uma ferramenta mais promissora e eficaz.

Além disso, o PSA representa um meio de oferecer incentivos adicionais para os indivíduos e comunidades adotarem práticas que ultrapassem as exigências legais mínimas, assim, as práticas sustentáveis não cumprem somente as normas, como promovem de maneira proativa a preservação e recuperação dos ecossistemas.

Como observado, a FUNAI é a principal instituição que deveria tomar um papel estratégico na inserção dos povos indígenas na agenda de recuperação da vegetação nativa, mas sua atuação ainda precisa ser fortalecida. A ampliação do apoio técnico, financeiro e institucional pode garantir que as comunidades indígenas sejam protagonistas nesse processo, valorizando seus conhecimentos e assegurando sua participação em políticas públicas e programas ambientais. A integração entre órgãos governamentais, instituições de pesquisa e organizações da sociedade civil é essencial para consolidar um modelo de restauração ambiental que reconheça e utilize o saber indígena como elemento central na recuperação dos ecossistemas brasileiros⁶⁰.

9. O DESMONTE DA FUNAI

Neste contexto, é fundamental analisar o processo de desmonte da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que passou por um expressivo enfraquecimento durante a gestão do ex Presidente Jair Messias Bolsonaro. Neste período, foram editadas diversas normativas que prejudicaram diretamente os povos indígenas e interromperam a demarcação de suas terras tradicionais. O mesmo ocorreu com outras instituições de relevância socioambiental, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICM-Bio), que também sofreram severas restrições orçamentárias e estruturais.

De acordo com o relatório “O financiamento da gestão ambiental no Brasil: uma avaliação a partir do orçamento público federal”, elaborado pelo Instituto Socioambiental (ISA) em parceria com a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), o orçamento destinado aos órgãos federais com funções socioambientais atingiu, na gestão Bolsonaro, o menor patamar dos últimos 17 anos.

O fato é que, esses cortes orçamentários impactaram diretamente o combate ao desmatamento, às queimadas, a regularização e manutenção de Áreas Protegidas e, sobretudo, a proteção das comunidades indígenas e tradicionais. Além da redução de recursos, houve diminuição do número de servidores, perda de técnicos qualificados e aparelhamento político da instituição, o que comprometeu profundamente sua capacidade de atuação, ou seja, a ausência de apoio governamental agravou o cenário, deixando as comunidades indígenas vulneráveis e desassistidas diante de invasões, exploração ilegal de recursos e violências diversas.

60 *Idem, Ibidem.*

Assim, as consequências mais severas desse desmonte recaíram sobre os próprios povos indígenas. Dados do ISA revelam que, em 2022, apenas 5% das despesas da FUNAI foram destinadas à assistência indígena⁶¹. Durante a pandemia, marcada pela presença de invasores em territórios tradicionais, o governo federal só adotou medidas concretas após determinação do Supremo Tribunal Federal. Nesse período, registraram-se graves violações de direitos, como casos de estupro, aliciamento de menores e surtos de malária, além da crise humanitária enfrentada pelo povo Yanomami, cujas imagens de desnutrição e abandono chocaram o país.

Em meio a esse cenário, a FUNAI passou a ser associada a uma política de caráter anti-indigenista, pois mesmo diante das inúmeras denúncias e da devastação nas tribos originárias, em março de 2022, o então ex Presidente Jair Bolsonaro, o ministro da Justiça e o presidente da FUNAI foram condecorados com a Medalha do Mérito Indigenista, um ato amplamente criticado pela contradição entre o reconhecimento simbólico e a realidade enfrentada pelos povos originários.

As críticas ao desmonte da FUNAI apontam para uma série de medidas e práticas que evidenciam o direcionamento político da instituição: a influência da agenda ruralista em sua liderança; a substituição de indigenistas por militares e policiais (como na nomeação do delegado da Polícia Federal Marcelo Xavier à presidência); a perseguição a servidores de carreira (desde 2019, verificou-se ainda um aumento expressivo nos Processos Administrativos Disciplinares – PADs - contra servidores, prática interpretada como tentativa de intimidação e silenciamento dentro do órgão); a burocratização das atividades em campo; a paralisação completa das demarcações de terras e a omissão diante do avanço do garimpo legal (que teve crescimento de 138% em terras indígenas), segundo o Instituto de Estudos Socioeconômicos⁶².

Em síntese, o período de 2019/2022, ficou marcado pela inflexão nas políticas indigenistas e sociambientais brasileiras, visto que, o desmonte institucional, em especial da FUNAI, não apenas fragilizou o direito e a proteção dos povos originários, como, ainda, expôs a postura negligente e hostil, invertendo a função histórica do órgão, de instrumento a assegurar os direitos indígenas a uma ferramenta de omissão e retrocesso.

10.DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA A PROTEÇÃO

A defesa dos povos indígenas e da preservação ambiental no Brasil enfrenta uma série de obstáculos, principalmente no que diz respeito à aplicação de leis e à implementação de políticas públicas eficazes. Embora existam normas nacionais e internacionais que asseguram tanto a conservação da natureza quanto os direitos das comunidades indígenas, a realidade mostra um cenário de conflitos de terra, destruição ambiental e marginalização social. Diante desse contexto, é essencial refletir sobre os desafios existentes e as possíveis soluções para garantir um desenvolvimento sustentável que respeite os modos de vida indígenas.

61 MURER; FUTADA. [s.d.].

62 INESC. 2023.

Apesar da Constituição Federal de 1988 e de tratados como a Convenção 169 da OIT assegurarem direitos territoriais e culturais aos povos indígenas, a efetivação dessas garantias é frequentemente prejudicada pela falta de compromisso político e pela pressão exercida por setores econômicos, como o agronegócio. O avanço da monocultura e do desmatamento no Mato Grosso do Sul ilustra como a legislação ambiental e indigenista muitas vezes não é cumprida na prática.

A demarcação de terras indígenas é frequentemente contestada por setores ligados ao agronegócio, exploração madeireira, mineração e, até fazendeiros, o que gera conflitos fundiários, invasões e violência contra as comunidades indígenas⁶³.

Assim, o documentário *O Território*⁶⁴, é possível observarmos uma terra indígena demarcada, a Tribo Indígena Uru-eu-wau-wau, que habita na Amazônia, sendo o único impedimento ao avanço do desmatamento. No documentário, demonstra-se o estilo de vida e os desafios enfrentados, por uma visão totalmente interna e indígena. É notório neste documentário, como as florestas, os rios e os animais, são de extrema importância a esta comunidade não só pela subsistência, direito e segurança da comunidade, mas ainda por uma questão religiosa e ancestral.

Além disso, o documentário retrata uma realidade ainda presente, na qual, mesmo com sinalizações claras indicando tratar-se de Terra Indígena devidamente demarcada, essas áreas continuam sendo alvo de invasões e desmatamentos ilegais. A comunidade local enfrenta, de forma contínua, ameaças ao seu território e à sua integridade, resultando em uma redução gradual de sua população. Tais ações estão frequentemente associadas a interesses econômicos que promovem a violência e a supressão dos direitos indígenas como forma de repressão à resistência desses povos, exemplificada pelo caso de Ari Uru-eu-wau-wau, que foi brutalmente agredido e morto.

As tribos consideram essa ameaça desde o primeiro contato com brancos, vejamos a fala do indígena Ew Kawahib, no documentário *O Território*:

Tem muita coisa que você não sabe, Bitaté. Precisa aprender como era antigamente. No primeiro contato, eles se aproximaram oferecendo presentes. Panelas, frigideiras, esse tipo de coisa. Se isso não tivesse acontecido, não estaríamos aqui, vivendo no meio desses brancos. Passei a primeira metade da minha vida, na floresta. Andávamos sem parar e só víamos árvores⁶⁵.

A pressão por terras, os interesses econômicos e as ameaças a lideranças indígenas são desafios persistentes. Para garantir o cumprimento das normas e tratados internacionais, é essencial fortalecer os mecanismos de fiscalização e ampliar o diálogo entre os povos indígenas, o Estado e a sociedade civil, sobretudo dando ênfase a um diálogo sobre ancestralidade.

63 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

64 NATIONAL GEOGRAPHIC. O território. Direção: Alex Pritz. Produção: Darren Aronofsky, Sigrid Dyekjær, Will N. Miller, Gabriel Uchida. [S.l.]: *National Geographic Documentary Films*, 2022. 1 vídeo (83 min). Disponível em: <https://www.disneyplus.com/pt-br/movies/o-territorio/5T0GSa3XVZ5D>. Acesso em: 17 maio 2025.

65 NATIONAL GEOGRAPHIC, *op. cit.*, 2022.

Além disso, a ausência de uma coordenação integrada entre diferentes políticas públicas dificulta a criação de estratégias eficazes para a proteção ambiental e a inclusão dos povos indígenas. Muitas iniciativas voltadas à regularização fundiária, preservação ambiental e desenvolvimento econômico são elaboradas isoladamente, sem considerar a interdependência entre esses aspectos. Como resultados, surgem programas ineficientes e, em algumas situações, contraditórios com as necessidades das comunidades indígenas⁶⁶.

Outro fator que agrava essa situação é a lentidão dos processos de demarcação de terras indígenas, o que facilita invasões e a exploração ilegal desses territórios. Sem a devida posse da terra, as comunidades indígenas permanecem vulneráveis a disputas agrárias e à perda de seus espaços tradicionais, fundamentais para sua cultura e subsistência⁶⁷.

Os povos originários desempenham um papel crucial na conservação da biodiversidade, pois suas práticas tradicionais são baseadas no equilíbrio ecológico e no respeito à natureza. Diferente do modelo econômico predominante, que explora intensivamente os recursos naturais, os indígenas compreendem a terra como um bem coletivo, cuja preservação é essencial para as futuras gerações⁶⁸.

Para fortalecer esse papel, é necessário o desenvolvimento de políticas que incentivem a participação dos indígenas na gestão ambiental. Programas voltados ao manejo sustentável da terra, administrados pelas próprias comunidades, podem representar uma solução viável para conciliar conservação ambiental e geração de renda. Experiências como a agroecologia, o reflorestamento de áreas degradadas e o turismo comunitário são alternativas que podem fortalecer a economia indígena sem comprometer os ecossistemas⁶⁹.

Outro aspecto essencial é a valorização da educação intercultural, que pode contribuir para a formação de lideranças indígenas capacitadas a defender seus direitos e a contribuir na formulação de políticas públicas. A inclusão dos indígenas nos debates sobre questões ambientais é indispensável para garantir soluções mais adequadas às suas realidades e aspirações⁷⁰.

Para enfrentar os desafios relacionados à proteção dos povos indígenas e do meio ambiente, torna-se essencial a adoção de um modelo de desenvolvimento que respeite a diversidade cultural e assegure a equidade social. Nesse contexto, diversas medidas podem contribuir para esse objetivo, como o aprimoramento das políticas públicas, por meio do fortalecimento da articulação entre os órgãos responsáveis pela proteção ambiental e indígena, garantindo a participação ativa das comunidades indígenas na formulação e implementação dessas políticas. Também se destaca a necessidade de assegurar a posse territorial, com a agilização dos processos de demarcação de terras indígenas e a criação de mecanismos mais rigorosos para coibir invasões e atividades ilegais.

66 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

67 BARBOSA; PREVE, *op. cit.*, 2024.

68 *Idem, Ibidem.*

69 GERMANO, *op. cit.*, 2022.

70 *Idem, Ibidem.*

Outro aspecto relevante é o fomento a práticas sustentáveis, por meio do apoio a iniciativas indígenas voltadas ao manejo ambiental, à produção agrícola sustentável e à conservação da biodiversidade, com oferta de assistência técnica e acesso a recursos financeiros. Além disso, é fundamental o fortalecimento da fiscalização ambiental, com a adoção de medidas mais eficazes para o combate aos crimes ambientais e a responsabilização dos envolvidos na degradação dos territórios indígenas. Por fim, a promoção do diálogo intercultural deve ser priorizada, valorizando e integrando os conhecimentos tradicionais indígenas às políticas ambientais e de desenvolvimento sustentável, com vistas a uma abordagem mais inclusiva e equilibrada.

Dessa maneira, um modelo de desenvolvimento sustentável e intercultural pode ser uma solução viável para conciliar a conservação ambiental com a garantia dos direitos dos povos indígenas. O respeito à diversidade cultural e a formulação de políticas mais participativas são passos essenciais para reverter à exclusão socioambiental e construir um futuro mais equilibrado e justo a todos.

11. COGESTÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A cogestão, ou gestão compartilhada, é um modelo de administração de áreas protegidas em que o Estado e as comunidades locais, especialmente os povos tradicionais, dividem as responsabilidades, o poder de decisão e o cuidado diário com os recursos naturais e com o território. Diferente de um modelo puramente estatal, em que o governo decide e executa tudo sozinho, ou de um modelo apenas participativo, no qual a comunidade é ouvida, mas não tem poder real de gestão, a cogestão propõe uma parceria verdadeira entre o poder público e quem vive e conhece a terra⁷¹.

Na Austrália, esse tipo de gestão começou a se consolidar a partir da década de 1970, quando leis estaduais e normas do Território do Norte, passaram a reconhecer os direitos dos povos aborígenes sobre suas terras. Esse reconhecimento abriu caminho para novas formas de administrar parques nacionais e reservas, baseadas na colaboração entre Estado e comunidades indígenas. Quanto mais esses direitos culturais e territoriais são garantidos, mais equilibradas e eficazes se tornam as experiências de cogestão, assegurando que as comunidades participem de fato das decisões, e não apenas de forma simbólica.

Desta forma, cumpre esclarecer que, cada região australiana adotou um modelo próprio, adaptado às suas realidades locais⁷². Entre os principais instrumentos estão os MoUs (*Memoranda of Understanding for Joint Management*), que estabelecem funções e metas conjuntas; os ILUAs (*Indigenous Land Use Agreements*), acordos que tratam do uso das terras indígenas; e os Lease-back agreements, em que o governo devolve a posse das terras aos povos aborígenes, mas mantém uma gestão compartilhada.

71 PALMIERI, R.; VERÍSSIMO, A. Conselhos de Unidades de Conservação: guia sobre sua criação e seu funcionamento. Piracicaba: Imaflora; Belém: Imazon, 2009. 95 p. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/sites/uc/files/2019-04/conselhos-de-unidades-de-conservacao-guia-sobre.pdf>. Acesso em: 27 out. 2025.

72 AUSTRÁLIA. National Native Title Tribunal. Watarrka National Park and Leaseback Area Indigenous Land Use Agreement (ILUA). Data: 3 out. 2005. Disponível em: <http://database.atns.net.au/agreement.asp?EntityID=3079>. Acesso em: 27 out. 2025.

Nesse sentido, na maioria dos casos, os representantes indígenas participam ativamente de conselhos, do monitoramento ambiental e do planejamento das atividades nas unidades de conservação.

Os resultados positivos desse modelo são diversos: ele garante o reconhecimento cultural e territorial dos povos tradicionais; fortalece a legitimidade das políticas ambientais; valoriza o conhecimento ancestral sobre o manejo da natureza; e promove o compartilhamento de responsabilidades e custos entre Estado e comunidade.

No Brasil, a cogestão surge como uma alternativa importante diante das limitações da Lei do SNUC (Lei n.º 9.985/2000), que ainda impede a permanência de populações tradicionais em unidades de conservação de proteção integral. Inspirar-se na experiência australiana pode ajudar o país a encontrar caminhos para conciliar a proteção ambiental com os direitos culturais e territoriais dessas comunidades. Isso significa fortalecer a participação social, descentralizar a gestão ambiental e reduzir os conflitos entre o Estado e as populações locais.

Por outro lado, é preciso reconhecer os desafios que esse tipo de gestão enfrenta. Entre eles estão os conflitos internos nas comunidades, a falta de recursos financeiros e técnicos, e a necessidade de marcos legais mais claros que promovam segurança jurídica aos acordos. Para que a cogestão se torne uma realidade viável no Brasil, será fundamental revisar a legislação, criar mecanismos de financiamento e investir em capacitação e monitoramento participativo.

Em suma, o modelo australiano mostra que é possível aliar conservação ambiental e justiça social, em outros termos, a cogestão representa um caminho promissor para construir políticas ambientais mais humanas, que respeitam as culturas locais e reconheçam o papel essencial das comunidades tradicionais na proteção da natureza.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação dos povos indígenas com a terra é muito mais do que territorial: é existencial. Ela não se resume à posse ou à exploração de recursos, mas expressa um modo de ser no mundo, enraizada em uma sabedoria ancestral que reconhece a natureza como fonte de vida, espiritualidade e pertencimento. Como observa Cunha⁷³, as histórias indígenas não ficaram presas ao passado, pelo contrário, elas continuam vivas, sendo reinventadas nas práticas cotidianas, nas palavras transmitidas entre gerações e na resistência silenciosa de quem insiste em permanecer.

Mesmo após séculos de invasões, violência, deslocamentos e tentativas de apagamento, os povos originários mantêm sua força e seguem lutando por algo que lhes é essencial, o direito de existir em seus próprios termos. Suas vozes, silenciadas, continuam ecoando nas florestas, nos rios e nas tribos, lembrando à sociedade que a terra não é mercadoria, mas território de vida e expressão cultural, portanto, cada demarcação, cada

73 CUNHA, 1987. p. 9-24.

retomada e cada ritual reafirmam essa resistência que é, ao mesmo tempo, memória, sustentabilidade e futuro.

Contudo, as ameaças persistem, frente ao avanço do garimpo ilegal, o desmatamento e os grandes projetos econômicos colocam em risco não apenas as comunidades indígenas, mas todo o equilíbrio ecológico do planeta. Diante disso, a demarcação e a proteção das terras indígenas não devem ser vistas como meras concessões estatais, mas como atos de justiça e de reparação histórica. Garantir o direito a terra é também assegurar a continuidade de saberes, línguas, culturas e modos de vida que carregam lições valiosas sobre convivência, respeito e sustentabilidade.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco civilizatório ao reconhecer os direitos originários dos povos indígenas. Porém, como demonstrado ao longo deste artigo, a distância entre o texto constitucional e a realidade prática ainda é grande. A morosidade das demarcações, o enfraquecimento institucional da FUNAI e a crescente pressão econômica sobre os territórios revelam o quanto o Brasil ainda precisa amadurecer no compromisso com a diversidade e a justiça socioambiental.

Nesse cenário, o socioambientalismo se apresenta como um caminho possível e necessário, propondo uma nova forma de compreender o mundo, uma forma que reconhece a interdependência entre ser humano e natureza e que valoriza os povos indígenas como protagonistas da conservação ambiental. Em vez de dissociar proteção ecológica e justiça social, o socioambientalismo as compreende como dimensões inseparáveis de um mesmo processo de transformação.

Um exemplo inspirador é a Rede de Sementes do Xingu, que reúne indígenas, agricultores e organizações socioambientais na coleta e comercialização de sementes nativas para restauração ecológica. Além de contribuir para a recuperação de áreas degradadas, essa rede gera renda, valoriza o conhecimento tradicional e reafirma o protagonismo indígena na construção de um modelo de sustentabilidade verdadeiramente inclusivo. A experiência demonstra, de maneira concreta, que a aliança entre saberes ancestrais e inovação social pode transformar paisagens e restaurar vínculos entre o indivíduo e a natureza.

Da mesma forma, experiências de cogestão em unidades de conservação têm demonstrado que a participação direta das comunidades na tomada de decisões fortalece a proteção ambiental e promove o reconhecimento de seus direitos culturais e territoriais. Quando o Estado e os povos tradicionais compartilham responsabilidades, o resultado é uma gestão mais eficaz, legítima e respeitosa das especificidades locais, um exemplo concreto de que a sustentabilidade nasce do diálogo e da corresponsabilidade.

Essas experiências mostram que é possível conciliar a proteção ambiental, a autonomia comunitária e o desenvolvimento responsável, desde que se respeitem as vozes e os saberes daqueles que há séculos vivem e cuidam da terra. Mais do que políticas públicas isoladas, representam sementes de um novo paradigma de convivência, um paradigma que reconhece, nos povos indígenas, guardiões indispensáveis da vida, da diversidade e da esperança no planeta.

Como afirma Henri Acselrad, a justiça ambiental exige a ampliação do reconhecimento de formas diversas de existência e de relação com o território, superando a lógica desenvolvimentista excludente⁷⁴. Da mesma forma, Aníbal Quijano destaca que a colonialidade do poder continua a operar por meio da desvalorização do conhecimento e da organização social dos povos originários, o que impede a construção de alternativas verdadeiramente inclusivas⁷⁵.

Portanto, assegurar os direitos dos povos indígenas não é apenas uma exigência ética e constitucional, se inserindo como estratégia central para o enfrentamento da crise ambiental global. Ouvir e respeitar esses povos são, talvez, os gestos mais urgentes e necessários para que o Brasil reencontre o seu próprio equilíbrio, e para que possamos juntos, construir um mundo mais ambientalmente sustentável, culturalmente diverso e socialmente mais justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, H. *Justiça ambiental e construção social do risco*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

APIB. Entenda como ficou o PL 2903 após o veto parcial do presidente Lula. *Articulação dos Povos Indígenas do Brasil*, 24 out. 2023. Disponível em: <https://apiboficial.org/2023/10/24/entenda-como-ficou-o-pl-2903-apos-o-veto-parcial-do-presidente-lula/>. Acesso em: 28 out. 2025.

AUSTRÁLIA. National Native Title Tribunal. Watarrka National Park and Leaseback Area Indigenous Land Use Agreement (ILUA). Data: 3 out. 2005. Disponível em: <http://database.atns.net.au/agreement.asp?EntityID=3079>. Acesso em: 27 out. 2025.

BARBOSA, J. de M.; PREVE, D. R. O direito dos povos indígenas à terra e justiça socioambiental. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Niterói, v. 16, n. 1, p. 111-129, jan./abr. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-202416106>. Acesso em: 6 maio 2025.

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

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Brasília, DF: Presidência da República, 1973.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. *Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

BRASIL. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. *Regulamenta o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas*. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.

BRASIL. Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012. *Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2012.

BRASIL. Decreto nº 8.972, de 23 de janeiro de 2017. *Institui a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa (Proveg)*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 9.010, de 29 de março de 2017. *Aprova a Estrutura Regimental da FUNAI*. Brasília, DF: Presidência da República, 2017.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 230, de 14 de novembro de 2017. *Estabelece o Plano Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa (Planaveg)*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 nov. 2017.

74 ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental e construção social do risco*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 90.

75 QUIJANO, op. cit., p. 121.

CIMI - Conselho Indigenista Missionário. *Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do marco temporal*. Conselho Indigenista Missionário, [S.l.], 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/pub/Assessoria-Juridica/Terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-marco-temporal.pdf>. Acesso em: 28 out. 2025.

CIMI - Conselho Indigenista Missionário. *RELATÓRIO – Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2023*. 21. ed. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2024. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 28 out. 2025.

CONJUR. VULCANIS, A. Pagamento por serviços ambientais: transição necessária para a sustentabilidade sistêmica. *Consultor Jurídico (ConJur)*, 24 ago. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-ago-24/pagamento-por-servicos-ambientais-uma-transicao-necessaria-para-a-sustentabilidade-sistematica/>. Acesso em: 28 out. 2025.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 9-24. Disponível em: https://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/hist%3Ap9-24/p9-24_Cunha_Introducao_a_uma_historia_indigena.pdf. Acesso em: 27 out. 2025.

FAO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO. *O estado das florestas do mundo 2020: florestas, biodiversidade e as pessoas*. Roma: FAO, 2021a. Disponível em: <https://www.fao.org/publications>. Acesso em: 6 maio 2025.

FAO; FILAC. *Povos indígenas e comunidades tradicionais e a governança florestal*. Santiago: FAO; FILAC, 2021b. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/en/c/1391340/>. Acesso em: 17 maio 2025.

FASOLO, Carolina. STF enterra tese do marco temporal das demarcações de terras indígenas. *Socioambiental: ISA*, 2023. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/stf-entera-tese-do-marco-temporal-das-demarcacoes-de-terras-indigenas>. Acesso em: 28 out. 2025.

GERMANO, N. A proteção do meio ambiente nas terras indígenas: uma análise à luz da sustentabilidade. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 17, n. 1, p. 318-336, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito>. Acesso em: 6 maio 2025.

INESC. *Funai se transformou em fundação anti-indígena, alerta dossiê sobre atuação do órgão no governo Bolsonaro*. Instituto de Estudos Socioeconômicos: INESC, 2023. Disponível em: <https://inesc.org.br/funai-se-transformou-em-fundacao-anti-indigena-alerta-dossie-sobre-a-atuacao-do-orgao-no-governo-bolsonaro/>. Acesso em: 28 out. 2025.

INSTITUTO DE PESQUISA E FORMAÇÃO INDÍGENA – IEPE. *Legislação ambiental indigenista: um guia para as terras indígenas do Oiapoque*. São Paulo: IEPE, 2018.

ISA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *A demarcação das Terras Indígenas é decisiva para conter o desmatamento e manter funções climáticas essenciais*. *Socioambiental: ISA*, 2022a. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/a-demarcacao-das-terras-indigenas-e-decisiva-para-conter-o-desmatamento-e-manter-funcoes-climaticas-essenciais>. Acesso em: 6 maio 2025.

ISA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Desmonte das políticas socioambientais no Brasil preocupa organizações*. *Socioambiental: ISA*, 2022b. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/desmonte-das-politicas-socioambientais-no-brasil-preocupa-organizacoes>. Acesso em: 28 out. 2025.

IPBES – PLATAFORMA INTERGOVERNAMENTAL SOBRE BIODIVERSIDADE E SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS. *Relatório de Avaliação Global sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos*. Bonn: IPBES, 2022. Disponível em: <https://ipbes.net/global-assessment>. Acesso em: 6 maio 2025.

KOPENAWA, D.; ALBERT, B. *A queda do céu: palavras de um xamã yanomami*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 328-366.

MARÉS, C. F. *Direito dos índios*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MELLO, P. E. A. P. de; PEÑAFIEL, P. R. N. Os direitos da natureza e os direitos dos povos indígenas: entre o discurso da ONU e a prática dos estados latino-americanos. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 17, n. 2, p. 222-243, 2020.

MURER, B. M.; FUTADA, S. de M. *Painel de Dados*. Unidades de Conservação no Brasil: ISA, [s.d.]. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/pt-br/paineldedados>. Acesso em: 28 out. 2025.

NATIONAL GEOGRAPHIC. *O território*. Direção: Alex Pritz; Produção: Darren Aronofsky, Sigrid Dyekjær, Will N. Miller, Gabriel Uchida. [s.l.]: National Geographic Documentary Films, 2022. 1 vídeo (83 min). Disponível em: <https://www.disneyplus.com/pt-br/movies/o-territorio/5T0GSa3XVZ5D>. Acesso em: 17 maio 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais*. Genebra: OIT, 1989. Ratificada pelo Brasil em 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nova York: ONU, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Nova York: ONU, 1966. Ratificado pelo Brasil em 1992.

PALMIERI, R.; VERÍSSIMO, A. *Conselhos de Unidades de Conservação: guia sobre sua criação e seu funcionamento*. Piracicaba: Imaflora; Belém: Imazon, 2009. 95 p. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/sites/uc/files/2019-04/conselhos-de-unidades-de-conservacao-guia-sobre.pdf>. Acesso em: 27 out. 2025.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

ROMERO, E. C. O.; LEITE, V. L. M. Terras indígenas: usufruto exclusivo e proteção do meio ambiente. *Tellus*, Campo Grande - MS, ano 10, n. 18, p. 139-160, jan./jun. 2010.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TERRAS INDÍGENAS. Desmonte da Funai agrava drama dos povos indígenas na Amazônia. *Terras Indígenas*, O Globo, Opinião do Globo, p. 2, 2022. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/216315>. Acesso em: 28 out. 2025.

UNICAMP. Integração do índio não pode ser pretexto para assimilação cultural. *UNICAMP Notícias*, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://unicamp.br/unicamp/noticias/2019/11/12/integracao-do-indio-nao-pode-ser-pretexto-para-assimilacao-cultural/>. Acesso em: 28 out. 2025.

UNEP – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. *Making Peace with Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 2023. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/making-peace-nature>. Acesso em: 6 maio 2025.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS JULGAMENTOS DE TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

MODULATION OF EFFECTS IN TAX MATTERS: A CRITICAL ANALYSIS BASED ON THE JUDGMENTS OF GENERAL REPERCUSSION CASES BY THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT (STF)

Gabriela Ortiz Rosa de Vasconcelos¹

RESUMO: O presente trabalho objetiva compreender o instituto da modulação dos efeitos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nomeadamente sob o ângulo do consequencialismo, em que “modular” equivale a instituir um regime de transição para a aplicação das leis. Para uma análise mais ampla do tema, o estudo de casos submetidos à sistemática de repercussão geral é pertinente, na medida em que sua relevância reconhecida coaduna com o interesse social e a segurança jurídica, elementos que estruturam a modulação dos efeitos. No âmbito do Direito Tributário, a questão adquire nova importância com os crescentes debates sobre a formação de uma jurisprudência de crise estimulada pela conjuntura financeira e orçamentária atual. Logo, faz-se oportuno o debate acerca da aplicação da modulação dos efeitos pela Suprema Corte, especialmente nos julgamentos de repercussão geral em matéria tributária, e de que modo o instituto tem alterado os limites normativos originalmente estabelecidos pelo legislador e quais são as implicações dessa prática para a segurança jurídica e a legitimidade.

Palavras-chave: modulação dos efeitos; direito tributário; repercussão geral; Supremo Tribunal Federal; consequencialismo jurídico.

ABSTRACT: This study aims to understand the legal mechanism of the modulation of effects and its application by the Brazilian Federal Supreme Court (STF), particularly from a consequentialist perspective, in which “to modulate” means to establish a transitional regime for the enforcement of laws. For a broader analysis of the subject, the study of cases submitted to the general repercussion system is relevant, since their recognized importance aligns with social interest and legal certainty—elements that underpin the modulation of effects. In the field of Tax Law, the issue gains new significance amid the growing debates on the formation of a “crisis jurisprudence,” driven by the current financial and budgetary context. Therefore, the discussion on the application of the modulation of effects by the Supreme Court becomes timely, especially in general repercussion judgments involving tax matters, as it seeks to examine how this legal instrument has altered the normative limits originally established by the legislator and what implications such practice bears for legal certainty and institutional legitimacy.

Keywords: modulation of effects; tax law; general repercussion; Federal Supreme Court; legal consequentialism.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), pós-graduanda em Direito Financeiro e Direito Tributário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). E-mail para contato: gabrielaortizrv@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Fruto de uma maior sensibilização do julgador com temas constitucionais que poderiam alterar situações já consolidadas na sociedade, a possibilidade de restringir os efeitos das decisões surgiu como uma “construção jurisprudencial” para depois ser efetivamente positivada².

A Lei 9.868 do ano de 1999 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Inspirando-se na experiência constitucional portuguesa, sobretudo no art. 282 (4)³, a lei introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a modulação dos efeitos por meio do artigo 27⁴:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Não obstante, em dezembro do mesmo ano, a Lei 9.882, que disciplina o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), também trouxe expressamente a aplicação da modulação dos efeitos no art. 11⁵.

Posteriormente, o art. 927, §3º, do Código de Processo Civil, abordou o assunto sob o prisma do controle difuso de constitucionalidade ao autorizar a modulação dos efeitos na hipótese de virada jurisprudencial, ou seja, “alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos” em prol do interesse social e da segurança jurídica⁶.

Cumprir destacar que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle difuso de constitucionalidade por meio do recurso extraordinário (RE), analisando de forma concreta a questão suscitada pelas partes. Tal recurso é interposto em face de decisão proferida em única ou última instância que contrarie dispositivo da Constituição Federal, declare

2 NEVES, Mariana Barboza Baeta. A modulação de efeitos e sua aplicação em matéria tributária. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 46-66, jan./fev. 2014. p. 49.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p. 419-448. p. 435.

4 BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 13 jun. 2025.

5 BRASIL. **Lei nº 9.882, de 6 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 jun. 2025.

6 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2025.

a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Carta Maior, nos termos do seu art. 102, III.

Sobre o tema, Daniel Mitidiero entende que, nesse caso, o processo a ser analisado torna-se um pretexto para se determinar e orientar condutas baseando-se no sistema de precedentes. A partir do resultado da decisão de inconstitucionalidade, surge a necessidade ou não de modular os efeitos da declaração⁷.

A fim de uniformizar o entendimento no âmbito dos recursos extraordinários e delimitar o papel da Suprema Corte às questões de matéria constitucional com “relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa”⁸, a Emenda Constitucional 45/2004 positivou a necessidade da existência de repercussão geral para que haja apreciação da lide, nos seguintes termos⁹:

Art. 102 § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A Corte Constitucional utiliza esse mecanismo como uma verdadeira sistematização de informações. Isso porque ao verificar a recorrência de determinado assunto em diferentes processos, o ministro relator escolhe um paradigma e submete o assunto à análise dos demais pares para a averiguação do preenchimento do requisito de repercussão geral¹⁰.

Ocorre que no Direito Tributário, as discussões sobre a conexão entre o Fisco e o contribuinte são envoltas de questões sociais, políticas e econômicas. Além disso, o instituto da modulação dos efeitos, sobretudo nos temas de repercussão geral, é essencial para proteger a segurança jurídica, uma vez que permite a alteração de situações já assentadas pelo Supremo Tribunal Federal sem que haja instabilidade nas relações.

Sendo esse o cenário, é comum nos julgamentos de temas tributários de repercussão geral haver uma reflexão acerca do consequencialismo jurídico que, segundo Ives Gandra, é a “adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente”¹¹.

Nesse contexto, a fundamentação baseada nessa teoria, com vistas à aplicação da modulação dos efeitos, também é recorrente, sobretudo por parte da Procuradoria, quan-

7 MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação dos efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sobre a Repercussão Geral**. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 13 jun. 2025.

9 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. 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, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 13 jun. 2025.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/REGIMENTO%20STF.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

11 GANDRA, Ives. O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 76, p. 217-218, abr./jun. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1904650/Ives_Gandra.pdf. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 217.

do há a construção de uma tese que seja contrária aos interesses fazendários em sede de repercussão geral¹².

Logo, surge o seguinte questionamento: de que modo a aplicação da modulação dos efeitos pela Suprema Corte, especialmente nos julgamentos de repercussão geral em matéria tributária, tem alterado os limites normativos originalmente estabelecidos pelo legislador e quais são as implicações dessa prática para a segurança jurídica e a legitimidade?

A partir de uma análise crítica da aplicação do instituto em casos paradigmáticos do STF será possível aferir os fundamentos, limites e as consequências da aplicação da técnica, a fim de propor critérios interpretativos e teóricos que possam orientar a incidência legítima e proporcional da modulação dos efeitos nas decisões tributárias a serem apreciadas pela Suprema Corte.

Seja pela influência do argumento do impacto orçamentário/risco fiscal e da chamada “virada jurisprudencial” ou pelo inegável interesse social e defesa da segurança jurídica, fato é que as discussões travadas no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à modulação dos efeitos em matéria tributária, possuem enorme relevância acadêmica, sobretudo quando tensionadas com a estabilidade das relações jurídicas frente às demandas econômicas e fiscais.

A importância se eleva e o debate se faz oportuno principalmente no contexto socioeconômico atual, onde já é possível vislumbrar a formação de jurisprudência de crise.

Afinal, nas palavras de Oliver Wendell Holmes inscritas na entrada do edifício da Receita Federal em Washington, D.C¹³:

Tributos são aquilo que pagamos por uma sociedade civilizada, mas como nós arrecadamos e gastamos, determina, em grande medida, se somos prósperos ou pobres, livres ou prisioneiros, e, o mais importante, bons ou cruéis. (tradução livre).

2. MODULAÇÃO DOS EFEITOS

2.1 INTERESSE SOCIAL

O conceito de excepcional interesse social presente no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99 ainda não é bem sedimentado na jurisprudência e na doutrina brasileira¹⁴. Tal requisito, apto a justificar a modulação, também não possui padronização nos textos legais, visto que no próprio Código de Processo Civil (art. 927, §3º) há apenas menção ao termo “interesse social”, afastando-se o caráter excepcional como condição para utilização da técnica de manipulação temporal.

12 ANDRADE, J. M. A. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 40, p. 472-488, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1504>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 478.

13 ADAMS, Charles. **For good and evil: the impact of taxes on the course of history**. Maryland: Madison Books, 1993. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=YKMhQYfkJ5UC&oi=fnd&pg=PP1&dq=For+good+and+evil:+the+impact+of+taxes+on+the+course+of+history.&ots=OK6HW7H6fP&sig=MN9AQ62XPxJ_knXi-8xCCw8Zctpk#v=onepage&q=For%20good%20and%20evil%3A%20the%20impact%20of%20taxes%20on%20the%20course%20of%20history.&f=false. Acesso em: 13 jun. 2025. p. XX.

14 TESSARI, Cláudio. **Modulação dos Efeitos do STF: Parâmetros para Definição do Excepcional Interesse Social**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 231.

No mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro Coêlho e Misabel Abreu Machado Derzi¹⁵ apontam que o Supremo Tribunal Federal não delimitou semanticamente o significado de “excepcional interesse social”, fazendo menção ao termo sem especificar os elementos que o compõem, apesar de ter tido oportunidades para tanto.

Revela-se indispensável, portanto, a compreensão dessa expressão para uma melhor análise de sua evocação na modulação dos efeitos. Assim, conforme ensina José Cretella Junior, o “interesse social não se define, exemplifica-se”¹⁶.

Dessa forma, no RE 574.706, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tema 69/RG, discutia-se, à luz do art. 195, I, b, da Constituição Federal, se o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) integra, ou não, a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Durante o enfrentamento da questão posta, o Plenário da Suprema Corte, no dia 15 de abril de 2017, declarou que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, nos seguintes termos¹⁷:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

15 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Parecer - Exame do risco de modulação de efeitos no RE 574.706 (ICMS na base do PIS e da COFINS)**: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança. Excepcional Interesse Social: necessária demonstração objetiva. 2018. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2018/10/parecer-b3p-icms-na-base-do-pis-e-da-cofins-1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 10-11.

16 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 522.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 574.706/PR**. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. [...]. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

Em outubro do mesmo ano, a União opôs embargos de declaração a fim de que a decisão produzisse efeitos prospectivos (*ex nunc*) após o seu julgamento. Para tanto, utilizou o fundamento de inequívoco impacto financeiro da demanda nas contas públicas, mudança de preços relativos da economia, além da possibilidade de restituições por meio de transferências de riqueza volumosas na sociedade e imposição de uma reforma tributária. Ademais, afirmou que a tese “claramente rompe com o entendimento histórico dos nossos tribunais, em que pese o RE 240.785, tem potencial de contágio sobre outras exações - da União e dos demais entes - e promove profundas alterações no sistema jurídico tributário”¹⁸.

Já na apreciação dos aclaratórios, o Plenário, por maioria, acolheu em parte os pedidos, apenas no que se referia à modulação dos efeitos, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. O marco inicial fixado foi o dia 15 de abril de 2017, data do julgamento do RE 574.706 e quando restou assentada a tese de repercussão geral¹⁹.

Destaca-se ainda a Manifestação da Procuradoria-Geral da República que, ao demonstrar inequívoco interesse social na questão posta, defendeu que a tese “produz importante modificação no sistema tributário brasileiro, alcança um grande número de transações fiscais e pode acarretar grave impacto nas contas públicas”²⁰.

Vale ressaltar também o voto do Ministro Ricardo Lewandowski que, em defesa da aplicação da modulação dos efeitos no caso em questão, afirmou que “o interesse social está na prolação de uma decisão equilibrada, que contempla, ao mesmo tempo, os interesses do Fisco, que, ao final, representa o patrimônio comum de todos nós, e os dos contribuintes”²¹.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 574.706/PR**. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. [...]. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 574.706/PR**. Embargos de Declaração em recurso extraordinário com repercussão geral, exclusão ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Definição constitucional de faturamento/receita. Precedentes. [...]. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 574.706/PR**. Embargos de Declaração em recurso extraordinário com repercussão geral, exclusão ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Definição constitucional de faturamento/receita. Precedentes. [...]. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 574.706/PR**. Embargos de Declaração em recurso extraordinário com repercussão geral, exclusão ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Definição constitucional de faturamento/receita. Precedentes. [...]. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 131.

Portanto, verifica-se que o excepcional interesse social corresponde aos anseios dos próprios administrados, e, no fim, de toda a sociedade, na medida em que a alteração da eficácia temporal de uma decisão de inconstitucionalidade está relacionada diretamente com a estabilidade e confiança nos atos de Estado por parte da população²².

Entretanto, há de se concordar que a indeterminação da expressão “excepcional interesse social” poderia ser resolvida ou melhor debatida nos julgamentos, sobretudo nos temas de repercussão geral, a fim de contribuir para efetivação da própria segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada²³. Até porque a indefinição do termo abre uma lacuna para que litigantes repetitivos - inclusive a Fazenda Pública - criem estratégias de convencimento, de longo prazo, que acarretem na aplicação da técnica da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em casos que lhes favoreçam²⁴.

2.2 SEGURANÇA JURÍDICA

O sobreprincípio da segurança jurídica é concretizado a partir de outros princípios, como o da legalidade, da irretroatividade das leis e da anterioridade, não sendo, portanto, uma regra explícita no ordenamento jurídico brasileiro²⁵. Fato é que, na verdade, trata-se de um dos fundamentos do Estado e do direito, assim como a justiça e o próprio bem-estar social²⁶.

Conforme ensina Heleno Taveira Torres²⁷:

O ordenamento necessita de segurança jurídica para seu melhor e mais eficaz desempenho, dado que sua dinâmica realiza-se por múltiplos atos de decisões (humanas) institucionalizadas e funcionalmente controláveis; do mesmo modo, os destinatários das normas jurídicas, quanto à preservação dos direitos que possam ser afetados nas suas esferas de interesse, por ações ou omissões, em virtude daquela funcionalidade de seus atos de autoridades ou da própria realização ou orientação normativa.

Hugo de Brito Machado também alerta sobre os perigos da insegurança jurídica, uma vez que “esta sempre favorece o Estado, enfraquecendo significativamente as limita-

22 SCARPARO, Eduardo; POMJÉ, Caroline. Modulação para proteger direitos subjetivos. **Revista Brasileira de Direito Processual**: RBDPro, Belo Horizonte, v. 28, n. 112, p. 41-61, out./dez. 2020. p. 47.

23 FRANÇA, Rodrigo Marques. **Segurança jurídica e a modulação dos efeitos nas decisões judiciais em matéria tributária**: uma proposta de aplicação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8608/1/Rodrigo%20Marques%20Franca.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 90.

24 COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Marcos Rolim da. Litigantes repetitivos e modulação no controle de constitucionalidade. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 185-223, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/151/58>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 201.

25 CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço (coord.). **A Constituição Cidadã e o Direito Tributário**: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361-372. p. 364.

26 BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 261-288, abr./jun., 2006. p. 274.

27 TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 314.

ções ao Poder. Nas relações do cidadão com o Estado a insegurança sempre a este beneficia. E tem sido assim nas questões tributárias”²⁸.

Nesse sentido, durante o julgamento do RE 605.552, Tema 379/RG, o STF decidiu pela incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nas operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. O ICMS, por sua vez, é devido sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira²⁹.

Ocorre que as partes opuseram embargos de declaração a fim de que a Corte aplicasse a modulação dos efeitos à decisão em questão. Assim, a Associação Nacional de Farmacêuticos Magistrais (Anfarmag) pontuou que não seria possível aceitar, no momento, a nova cobrança de eventuais impostos, já pagos a outro ente, de forma retroativa. No mesmo sentido, o Estado do Rio Grande do Sul pugnou pela convalidação dos atos fiscais já realizados³⁰.

A aplicação da modulação dos efeitos à luz da segurança jurídica foi discutida em sede de embargos de declaração³¹:

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. Pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado. Acolhimento.

1. A Corte fixou, no acórdão embargado, a tese de que “[i]ncide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira”.

2. A ausência de modulação dos efeitos da decisão ensejaria impactos financeiros indesejados em desfavor dos contribuintes, bem como dos estados e dos municípios, entes políticos cujas finanças já estão combalidas, e resultaria em grande insegurança jurídica, indo de encontro à boa-fé dos contribuintes que recolheram um tributo acreditando ser o correto.

3. Embargos de declaração acolhidos, modulando-se os efeitos da decisão embargada, bem como se estabelecendo que ela produza efeitos ex nunc a partir do dia da publicação da ata de julgamento do mérito, de modo a se convalidarem os re-

28 MACHADO, Hugo de Brito. Segurança jurídica e lei complementar. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 1, p. 179-190, jan./jun. 2008. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12104/1/2008_art_hbmachado.pdf. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 187.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 605.552/RS**. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Incidência do ICMS ou do ISS. Operações mistas. [...]. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Dermapelle Farmácia de manipulação LTDA e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433132/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário. **RE 605.552 ED-segundos/RS**. Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. [...]. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Dermapelle Farmácia de manipulação LTDA e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443880/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário. **RE 605.552 ED-segundos/RS**. Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. [...]. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Dermapelle Farmácia de manipulação LTDA e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443880/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

colhimentos de ICMS e de ISS efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral, ficando ressalvados: (i) as hipóteses de comprovada bitributação; (ii) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS ou o ISS devidos até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iv) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito.

Em todos esses casos, deverão ser observados o entendimento desta Corte, bem como o prazo decadencial e o prescricional.

Na oportunidade, o Relator destacou que a ausência da utilização da técnica de manipulação temporal no caso concreto resultaria na cobrança municipal ou estadual do imposto devido de forma retroativa. Consequentemente, ensejaria um alto volume de ações de repetição de indébito tributário por parte dos contribuintes que recolheram um tributo ao invés do outro, configurando real insegurança jurídica³².

A segurança jurídica é indispensável para a liberdade de agir da forma que o direito a garanta, e, na ausência de tal faculdade, não há que se falar em desenvolvimento, seja esse jurídico, social, econômico ou político, sobretudo em questões discutidas à luz do Direito Tributário³³.

Logo, a fim de preservar a segurança jurídica de situações já consolidadas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, modular os efeitos da decisão, atribuindo efeitos *ex nunc* a partir da data de publicação da ata, de modo que os recolhimentos que contrariavam a tese fixada fossem convalidados. Nesse ponto, a Corte efetuou as seguintes ressalvas³⁴:

(i) as hipóteses de comprovada bitributação; (ii) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS ou o ISS devidos até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iv) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito. Em todos esses casos, deverão ser observados o entendimento desta Corte e os prazos decadencial e prescricional.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário. **RE 605.552 ED-segundos/RS**. Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. [...]. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Dermapple Farmácia de manipulação LTDA e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443880/false>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 8.

33 FOLLONI, André Parro. Desenvolvimento e segurança jurídica tributária na jurisprudência do STF. In: Clève, Clêmer-son Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: Constituições econômicas e social. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-107. p.89.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário. **RE 605.552 ED-segundos/RS**. Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. [...]. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Dermapple Farmácia de manipulação LTDA e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443880/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

Bem verdade, o direito possui uma função muito clara, qual seja: estabilizar, no tempo, relações jurídicas de forma harmônica. Dessa forma, a própria previsão legal e a posterior aplicação da modulação dos efeitos se revela, principalmente no âmbito tributário, como uma positivação da preocupação estatal com a segurança jurídica³⁵.

3. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

3.1 IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E RISCO FISCAL

No campo do direito e das finanças públicas, o impacto orçamentário das decisões judiciais é evidente, sobretudo quando utilizado como fundamento na aplicação do consequentialismo jurídico, isto é, programa teórico que condiciona, explícita ou implicitamente, a adequação de determinada decisão jurídica “à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas”³⁶.

Em uma perspectiva mais aprofundada no âmbito do Direito Tributário, a relevância se eleva na medida em que tais decisões geram consideráveis efeitos financeiros e orçamentários. Isso porque há uma influência direta nos gastos públicos e na própria estabilidade econômica do Estado, o que leva a Procuradoria a pleitear recorrentemente a limitação temporal dos efeitos³⁷.

Por outro lado, conforme afirma Humberto Ávila, na esfera tributária, durante o período em que há a cobrança de um tributo inconstitucional, a eficácia dos direitos fundamentais do contribuinte fica suspensa³⁸.

O dilema aqui posto é recorrente no judiciário brasileiro, especialmente quando o Supremo Tribunal Federal discute a utilização ou não do instituto da modulação dos efeitos nesse ramo do direito, já que “haveriam dois institutos em conflito: o rombo orçamentário, o qual supostamente reverteria em benefício do contribuinte e o direito do particular à restituição do indébito indevidamente recolhido pelo Fisco”³⁹.

Tal ponderação foi realizada no julgamento do RE 714.139, Tema 745/RG, no qual se discutia a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, quando o Plenário da Suprema Corte modulou os efeitos da decisão a contar do início do exercício financeiro de 2024, ressaltando-se as ações ajuizadas até a data do começo do julgamento do mérito em 5 de fevereiro de 2021⁴⁰.

35 RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 178/25, p. 25-49. 2010.

36 SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo FGV**, n. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 130.

37 ANDRADE, J. M. A. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 40, p. 472-488, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1504>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 478.

38 ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 555.

39 KOFF, Eduardo Guerra. As Razões de Impacto Orçamentário, o Consequencialismo Jurídico e a Modulação Temporal de Efeitos. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 22, n. 133, p. 75-89, maio/jun. 2020. p. 78.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 714.139/SC**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. [...]. Recorrente: Lojas

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade.

1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço.
2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa.
3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade.
4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateu a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional.
5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 745: Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.
6. Recurso extraordinário parcialmente provido.
7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).

Vale ressaltar que a limitação dos efeitos da decisão do referido processo foi amplamente debatida pelos ministros, uma vez que divergiram quanto à fundamentação e ainda sobre a necessidade de sua aplicação, o que evidencia a relevância da abordagem sobre o argumento do impacto orçamentário.

No que tange à ressalva das ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, o que se observa, na ótica do acesso à justiça, é um protecionismo dos grandes litigantes, uma vez que “garantiu aos litigantes que possuem um maior acesso à informação vantagens concorrenciais frente aos seus competidores que, por falta de informação ou assessoramento, deixaram de ajuizar a demanda”⁴¹.

Na oportunidade, a maioria votou pelo cabimento da medida de manipulação temporal, importando destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes⁴²:

Assim, seja sob o ângulo da segurança jurídica plasmada na formação do planejamento fiscal dos Estados a partir de expectativa legítima de arrecadação a título de ICMS, seja a partir do interesse social materializado nas prestações estatais dependentes dos recursos estimados na sistemática tributária então vigente, é imperiosa a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com a incidência do entendimento do Plenário a partir do Plano Plurianual 2024-2027. Convém salientar que a jurisprudência desta Corte já considerou em situações análogas, para fins de modulação dos efeitos do pronunciamento, o impacto fiscal e social decorrente de decisões que delimitam e moldam o sistema tributário nacional.

Em contrapartida, o Ministro Edson Fachin foi o único a defender a não utilização da técnica ao pontuar que essa não deveria ser um meio hábil para atingir o equilíbrio orçamentário às custas dos contribuintes, até porque o interesse orçamentário também não corresponde ao interesse público⁴³.

No que tange ao valor alegado referente ao impacto orçamentário, o ministro frisou que a “apresentação do valor, no entanto, além de não ser precisa, já que não são bem determinadas as explicações a respeito de sua origem, não consiste em um argumento jurídico”⁴⁴.

Logo, a fundamentação baseada no impacto orçamentário, isoladamente, não foi apta a ensejar a modulação dos efeitos da decisão. Ocorre que o argumento do risco fiscal não deveria sequer ser utilizado como único meio para fins consequentialistas que culmi-

41 PINTO, Thiago Silveira Costa. **Modulação de efeitos em matéria tributária à luz dos temas 69/STF, 1.093/STF e 745/STF**. 49 f. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, 2022. Disponível em: http://52.186.153.119/bitstream/123456789/3996/1/TCC_THIAGO%20SILVEIRA%20COSTA%20PINTO_GRADUA%C3%87%C3%83O%20EM%20DIREITO.pdf. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 41.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 714.139/SC**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. [...]. Recorrente: Lojas Americanas S/A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460727/false>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 37.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 714.139/SC**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. [...]. Recorrente: Lojas Americanas S/A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460727/false>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 151.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 714.139/SC**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. [...]. Recorrente: Lojas Americanas S/A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460727/false>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 150.

nem na aplicação vinculada e jurídica do art. 27 da Lei 9868/1999. Todavia, se arguido de forma conjunta com outras alegações, como a segurança jurídica e o interesse social, parâmetros realmente estabelecidos pelo próprio legislador, poderá se tornar um forte norteador para eventual aplicação do mecanismo, deixando de ser apenas um “terrorismo fiscal”.

Sobre o tema, assim leciona José Maria Arruda de Andrade⁴⁵:

O que queremos reforçar é que a análise estratégica do risco fiscal cabe ao governo central. Há de haver uma inteligência estratégica que reduza riscos e que não conte apenas com argumentos terroristas a imputar uma responsabilidade do Judiciário por perdas bilionárias que poderiam ser mitigadas pela atuação firme do Poder Executivo.

As procuradorias portam-se como advogados de empresas e atuarão na defesa dos interesses de seus clientes, mas ao governo central cabe o dever de reduzir riscos, sobretudo no caso de competência para iniciar processo legislativo em matéria tributária (por medida provisória ou projeto de lei).

Fato é que o Estado, em prol da sustentabilidade das finanças governamentais, deverá sempre se atentar aos riscos fiscais, ou seja, à possibilidade de acontecerem eventos ou circunstâncias que causem impacto negativo nas contas públicas, como no caso de despesas decorrentes de decisões judiciais desfavoráveis.

3.2 VIRADA JURISPRUDENCIAL

O termo “virada jurisprudencial” é bastante associado à concepção de segurança jurídica, pressuposto para a modulação dos efeitos, e possui sua hipótese prevista expressamente no art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil⁴⁶.

O dispositivo em questão alerta para a possibilidade de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou ainda daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, dado à dinamicidade inerente - e necessária - do Direito.

Em tais casos, a técnica da modulação dos efeitos tende a ser utilizada nas decisões, haja vista que “a superação de um entendimento jurisprudencial e a sua imediata aplicação aos processos sob julgamento soaria temerário aos indivíduos que pautaram suas ações pelos entendimentos jurisdicionais majoritários então vigentes”⁴⁷.

45 ANDRADE, J. M. A. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 40, p. 472-488, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1504>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 485.

46 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2025.

47 GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra: (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, v. 111, n. 1, p. 28-45, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/535>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 29.

Nesse contexto, a Suprema Corte, já em 1977, se manifestou acerca da possibilidade da aplicação de efeitos *ex nunc* na hipótese de mudança substancial de jurisprudência consolidada, observando à segurança jurídica⁴⁸.

Mais recentemente, o STF utilizou o argumento de virada jurisprudencial para modular os efeitos no julgamento do RE 1.063.187, Relator Ministro Dias Toffoli, Tema 962/RG, onde foi declarada a inconstitucionalidade da incidência do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária) recebida pelo contribuinte na repetição do indébito, conforme ementa exibida a seguir⁴⁹:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. IRPJ e CSLL. Incidência sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário. Inconstitucionalidade. 1. A materialidade do imposto de renda e a da CSLL estão relacionadas com a existência de acréscimo patrimonial. Precedentes. 2. A palavra indenização abrange os valores relativos a danos emergentes e os concernentes a lucros cessantes. Os primeiros, que correspondem ao que efetivamente se perdeu, não incrementam o patrimônio de quem os recebe e, assim, não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal. Os segundos, desde que caracterizado o acréscimo patrimonial, podem, em tese, ser tributados pelo imposto de renda. 3. Os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas (danos emergentes). A demora na restituição do indébito tributário faz com que o credor busque meios alternativos ou mesmo heterodoxos para atender a suas necessidades, os quais atraem juros, multas, outros passivos, outras despesas ou mesmo preços mais elevados. 4. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 962 de repercussão geral: “É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário”. 5. Recurso extraordinário não provido. (RE 1063187, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-247 DIVULG 15-12-2021 PUBLIC 16-12-2021)

Em sede de embargos de declaração, dentre outras alegações, a União suscitou omissão do acórdão recorrido quanto à modulação dos efeitos da decisão. A embargante frisou ainda que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu como legítima a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a taxa Selic nas repetições de indébito, conforme acórdão proferido em sede de recursos repetitivos (REsp 1.138.695/SC, Tema 505)⁵⁰.

48 CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço (coord.). **A Constituição Cidadã e o Direito Tributário**: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361-372. p. 372.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 1.063.187/SC**. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. IRPJ e CSLL. Incidência sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário. Inconstitucionalidade.[...] Recorrente: União. Recorrido: Electro Aco Altona S.A. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349218962&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 1.063.187/SC**. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. Tema nº 962. Ausência de contradição quanto ao art. 3º,

Além disso, o ente federativo apontou que o Supremo Tribunal Federal, no RE 611.512, Tema 306/RG, alertou para a natureza infraconstitucional do assunto e para o ajuizamento repentino e excessivo de demandas sobre a matéria por parte dos contribuintes, haja vista que, com eventual modulação, criou-se expectativa de que fossem ressaltados os processos que já estavam em curso na Suprema Corte.

Dito isso, já na apreciação dos declaratórios, foram atribuídos efeitos prospectivos à decisão a partir da data de publicação da ata, ficando ressaltadas as ações ajuizadas até o início do julgamento de mérito e os fatos geradores anteriores à 30 de setembro de 2021 em que não tenha havido o pagamento do IRPJ ou da CSLL referentes à tese de repercussão geral⁵¹.

Como bem pontuado na época pelo Relator, é certo que o precedente do Superior Tribunal de Justiça, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, estabeleceu “legítima confiança” em prol da Fazenda Nacional, que interpretou pela legalidade das tributações durante anos⁵².

Assim, é evidente que a presente questão merece destaque, sobretudo porque, conforme bem pontuado por Ravi Peixoto⁵³, em geral, na modulação dos efeitos decorrentes da superação de precedentes há a tutela tanto do direito das partes envolvidas, quanto dos demais sujeitos ao novo precedente.

Em atenção a tal preocupação e frente à procura dos contribuintes à Suprema Corte em uma tentativa de se enquadrarem na ressalva à modulação, adotou-se como marco o dia no qual se iniciou o julgamento de mérito, protegendo as ações antes postuladas e excluindo as ajuizadas posteriormente. Isso porque conforme demonstra o entendimento do Ministro Dias Toffoli⁵⁴:

§ 1º, da Lei nº 7.713/88. Prestação de esclarecimento. Modulação dos efeitos da decisão.[...]. Embargante: União. Embargado: Electro Aco Altona S.A. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351215119&text=.pdf> . Acesso em: 13 jun. 2025. p.4.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 1.063.187/SC**. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. Tema nº 962. Ausência de contradição quanto ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88. Prestação de esclarecimento. Modulação dos efeitos da decisão.[...]. Embargante: União. Embargado: Electro Aco Altona S.A. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351215119&text=.pdf> . Acesso em: 13 jun. 2025. p.2.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 1.063.187/SC**. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. Tema nº 962. Ausência de contradição quanto ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88. Prestação de esclarecimento. Modulação dos efeitos da decisão.[...]. Embargante: União. Embargado: Electro Aco Altona S.A. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351215119&text=.pdf> . Acesso em: 13 jun. 2025. p.12.

53 PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes**: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17050/1/Ravi%20Peixoto%20-%20A%20MODULA%20c3%87%20c3%83O%20DA%20EFIC%20c3%81CIA%20TEMPORAL%20NA%20REVOGA%20c3%87%20c3%83O%20DE%20PRECEDENTES.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 67.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 1.063.187/SC**. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. Tema nº 962. Ausência de contradição quanto ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88. Prestação de esclarecimento. Modulação dos efeitos da decisão.[...]. Embargante: União. Embargado: Electro Aco Altona S.A. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351215119&text=.pdf> . Acesso em: 13 jun. 2025. p.7.

A proposta de modulação sugerida visa a combater tal espécie de corrida ao Poder Judiciário, a qual me parece muito prejudicial, considerando as citadas particularidades do presente tema e o contexto econômico-social no qual se encontra o País.

Portanto, constata-se que a utilização da virada jurisprudencial como fundamento da modulação dos efeitos visa a preservação da estabilidade ao promover a coerência dos pronunciamentos judiciais. Em verdade, a medida adquire um papel de administração das consequências políticas e econômicas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvidas, o país vivenciou ao longo dos anos muitos períodos de instabilidade de diferentes ordens. No plano econômico, a estruturação de mecanismos jurídico-orçamentários aptos a resolver ou pelo menos minimizar a atual crise conjuntural é amplamente debatida.

Sobre o tema, assim leciona José Levi Mello do Amaral Júnior e Fabiano de Figueiredo Araújo⁵⁵:

A estruturação de um Direito de Necessidade ou Estado de Crise tem como escopo modelar uma liberdade de condutas e movimentos, por meio de disciplinamento extraordinário com o intuito de superar uma crise mediante a suspensão dos ordinários controles institucionais sobre a temática.

É neste contexto que a modulação dos efeitos das decisões vem ganhando destaque, sobretudo em processos com valores expressivos, já que os impactos podem levar, de um lado, a uma sobrecarga onerosa ao contribuinte ou uma empresa à falência, de outro, ao aumento do déficit público e precarização do sistema.

Afinal, conforme reflexão do Ministro Kássio Nunes Marques: “todos os direitos implicam custos ao Poder Público, sendo assim, socialmente financiados por meio de tributos”⁵⁶.

Ocorre que, ante à valorização do Estado Social, grande parte dos recursos que possibilitam a prestação estatal de serviços públicos essenciais à sociedade são advindos de uma arrecadação fiscal complexa, regulamentada por normas específicas desde seu recolhimento.

Trata-se da função social do tributo que busca o interesse da sociedade, indo além da mera arrecadação de recursos financeiros, mas visando a promoção da justiça social

55 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; ARAUJO, Fabiano de Figueiredo. Direito financeiro da crise: a modulação da legislação orçamentário-financeira para o combate aos efeitos da Covid-19. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, v. 58, n. 231, p. 55-70, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p55. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 58.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 574.706/PR**. Embargos de Declaração em recurso extraordinário com repercussão geral, exclusão ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Definição constitucional de faturamento/receita. Precedentes. [...]. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347284289&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 48.

e a concretização de direitos de segunda dimensão que exigem uma contraprestação do Estado⁵⁷:

É evidente que a ponderação de princípios para a prática da modulação dos efeitos sofre influência das consequências econômicas provocadas pelo contexto histórico-social vivenciado no país. Isso porque devido à grave crise estrutural, agravada pela pandemia, desvalorização da moeda e perda de empregos, a apreciação de processos com grande impacto tributário tende a asseverar a situação dos cofres públicos⁵⁸.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição da República, possui a incumbência de analisar os casos concretos e, ao discutir a aplicação da modulação dos efeitos, determinar a importância específica a ser atribuída ao interesse público e social e ao interesse privado.

Nesse ponto, importa destacar que não há um permanente antagonismo entre tais princípios ou uma superioridade inquestionável. Em verdade, existe uma sobreposição entre eles, até porque, os indivíduos devem encontrar e identificar a porção que lhes cabe dentro do interesse público debatido.

Como adequadamente argumenta Hector Escola⁵⁹:

O interesse público, de tal maneira, não é de entidade superior ao interesse privado, nem existe contraposição entre ambos: o interesse público só é prevalecente, com respeito ao interesse privado, só tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário, que se confunde e assimila com o querer valorativo atribuído à comunidade.

Contudo, a modulação dos efeitos não pode jamais perder o seu caráter extraordinário intrínseco, mesmo que se esteja, de forma momentânea, diante da falta de estabilidade, de normalidade social, de rumo ou de segurança jurídica, no contexto político-social⁶⁰.

De forma análoga, Giorgio Agamben, renomado filósofo italiano, ao dissertar sobre as medidas possíveis de serem adotadas pelo Estado durante o enfrentamento de crises, defendeu que “a excepcionalidade tende a ser elemento inerente ao instituto, visto que o uso constante de mecanismos permitidos no contexto de jurisprudência de crise levaria a uma inadmissível fragilização do regime democrático de governo”⁶¹.

Verifica-se, portanto, que a modulação dos efeitos se configura como uma verdadeira ferramenta jurídica que permite ao tribunal decidir quando uma nova interpretação

57 ROMITA, Arion Sayão. Função social do tributo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 391-400. p. 391.

58 BRUM, Laryssa Gonçalves. **Modulação de efeitos como ato político: a relevância do contexto histórico-social na ponderação de princípios em matéria tributária**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. p. 41.

59 ESCOLA, Hector Jorge, 1989, p. 243 apud BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 15, p. 1-23, 2007. p. 12.

60 CAVALCANTI, Fabrício José. **O Supremo Tribunal Federal frente às diversas crises brasileiras**. Florianópolis: Editora Habitus, 2020. p. 57.

61 AGAMBEN, 2004, p. 19 apud AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. Direito financeiro da crise: a modulação da legislação orçamentário-financeira para o combate aos efeitos da Covid-19. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, v. 58, n. 231, p. 55-70, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p55. Acesso em: 13 jun. 2025. p. 59.

da lei deve começar a produzir efeitos e como isso afetará situações passadas. Assim, a reflexão aqui posta evidenciou como a interpretação e a aplicação da lei podem evoluir no sistema legal.

Fato é que, no que se refere à aplicação da modulação dos efeitos em teses tributárias de repercussão geral, a formação de uma jurisprudência de crise no STF foi e está sendo moldada com base na atual valoração dos argumentos de impacto orçamentário/risco fiscal e “virada jurisprudencial”. Logo, conclui-se pela ampliação, na prática, dos parâmetros formalmente estabelecidos pelo legislador - segurança jurídica e interesse social - com a nova importância dada ao consequencialismo jurídico.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Charles. **For good and evil: the impact of taxes on the course of history**. Maryland: Madison Books, 1993. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=YKMhQYfkJ5UC&oi=fnd&pg=PP1&dq=For+good+and+evil:+the+impact+of+taxes+on+the+course+of+history.&ots=OK6HW7H6fP&sig=MN9AQ62XPxJ_knXi8xCCw8Zc-tpk#v=onepage&q=For%20good%20and%20evil%3A%20the%20impact%20of%20taxes%20on%20the%20course%20of%20history.&f=false. Acesso em: 13 jun. 2025.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. Direito financeiro da crise: a modulação da legislação orçamentário-financeira para o combate aos efeitos da Covid-19. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, v. 58, n. 231, p. 55-70, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p55. Acesso em: 13 jun. 2025.

ANDRADE, J. M. A. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 40, p. 472-488, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1504>. Acesso em: 13 jun. 2025.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 15, p. 1-23, 2007.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 6 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** 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, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/REGIMENTO%20STF.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sobre a Repercussão Geral.** Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 574.706/PR.** Embargos de Declaração em recurso extraordinário com repercussão geral, exclusão ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Definição constitucional de faturamento/receita. Precedentes. [...]. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. **Edcl RE 1.063.187/SC.** Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. Tema nº 962. Ausência de contradição quanto ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88. Prestação de esclarecimento. Modulação dos efeitos da decisão.[...]. Embargante: União. Embargado: Electro Aco Altona S.A. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351215119&text=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 574.706/PR.** Recurso Extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. [...]. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 605.552/RS.** Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Incidência do ICMS ou do ISS. Operações mistas. [...]. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Dermapelle Farmácia de manipulação LTDA e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433132/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 714.139/SC.** Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. [...]. Recorrente: Lojas Americanas S/A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460727/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 1.063.187/SC.** Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. IRPJ e CSLL. Incidência sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário. Inconstitucionalidade.[...] Recorrente: União. Recorrido: Electro Aco Altona S.A. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349218962&text=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário. **RE 605.552 ED-segundos/RS**. Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. [...]. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Dermapelle Farmácia de manipulação LTDA e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443880/false>. Acesso em: 13 jun. 2025.

BRUM, Laryssa Gonçalves. **Modulação de efeitos como ato político**: a relevância do contexto histórico-social na ponderação de princípios em matéria tributária. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. *In*: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço (coord.). **A Constituição Cidadã e o Direito Tributário**: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361-372.

CAVALCANTI, Fabrício José. **O Supremo Tribunal Federal frente às diversas crises brasileiras**. Florianópolis: Editora Habitus, 2020.

COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Marcos Rolim da. Litigantes repetitivos e modulação no controle de constitucionalidade. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 185-223, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/151/58>. Acesso em: 13 jun. 2025.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei de desapropriação**: Constituição de 1988 e leis ordinárias. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Parecer - Exame do risco de modulação de efeitos no RE 574.706 (ICMS na base do PIS e da COFINS)**: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança. Excepcional Interesse Social: necessária demonstração objetiva. 2018. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2018/10/parecer-b3p-icms-na-base-do-pis-e-da-cofins-1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

FOLLONI, André Parmo. Desenvolvimento e segurança jurídica tributária na jurisprudência do STF. *In*: Clève, Clémerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: Constituições econômicas e social. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-107.

FRANÇA, Rodrigo Marques. **Segurança jurídica e a modulação dos efeitos nas decisões judiciais em matéria tributária**: uma proposta de aplicação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8608/1/Rodrigo%20Marques%20Franca.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

GANDRA, Ives. O Supremo Tribunal Federal e o consequentialismo jurídico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 76, p. 217-218, abr./jun. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904650/Ives_Gandra.pdf. Acesso em: 13 jun. 2025.

GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra: (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, v. 111, n. 1, p. 28-45, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/535>. Acesso em: 13 jun. 2025.

KOFF, Eduardo Guerra. As razões de impacto orçamentário, o consequentialismo jurídico e a modulação temporal de efeitos. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 22, n. 133, p. 75-89, maio/jun. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Segurança jurídica e lei complementar. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 1, p. 179-190, jan./jun. 2008. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12104/1/2008_art_hbmachado.pdf. Acesso em: 13 jun. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p. 419-448.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação dos efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NEVES, Mariana Barboza Baeta. A modulação de efeitos e sua aplicação em matéria tributária. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 46-66, jan./fev. 2014.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes**: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17050/1/Ravi%20Peixoto%20-%20A%20MODULA%20c3%87%c3%83O%20DA%20EFIC%20c3%81CIA%20TEMPORAL%20NA%20REVOGA%20c3%87%c3%83O%20DE%20PRECEDENTES.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

PINTO, Thiago Silveira Costa. **Modulação de efeitos em matéria tributária à luz dos temas 69/STF, 1.093/STF e 745/STF**. 49 f. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, 2022. Disponível em: http://52.186.153.119/bitstream/123456789/3996/1/TCC_THIAGO%20SILVEIRA%20COSTA%20PINTO_GRADUA%20c3%87%c3%83O%20EM%20DIREITO.pdf. Acesso em: 13 jun. 2025.

RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 178/25, p. 25-49. 2010.

ROMITA, Arion Sayão. Função social do tributo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 391-400.

SCARPARO, Eduardo; POMJÉ, Caroline. Modulação para proteger direitos subjetivos. **Revista Brasileira de Direito Processual**: RBDPro, Belo Horizonte, v. 28, n. 112, p. 41-61, out./dez. 2020.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo FGV**, n. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 jun. 2025.

TESSARI, Cláudio. **Modulação dos Efeitos do STF**: Parâmetros para Definição do Excepcional Interesse Social. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DA CITAÇÃO ELETRÔNICA PELO APLICATIVO “WHATSAPP”: REQUISITOS PARA A SUA VALIDADE

ELECTRONIC CITATION VIA “WHATSAPP” APP: REQUIREMENTS FOR ITS VALIDITY

Paula Paciullo de Oliveira¹

RESUMO: Este artigo investiga a validade da citação eletrônica via WhatsApp, uma prática que se tornou comum durante a pandemia de COVID-19. A pesquisa busca determinar se o aplicativo pode se tornar um meio legal e eficaz de citação, considerando seu uso generalizado no Brasil e o potencial para superar as dificuldades atuais na localização de réus, além de reduzir custos para o erário. O estudo baseia-se no neoconstitucionalismo, uma teoria que promove uma postura judicial mais ativa, visando a rápida resolução do mérito em processos judiciais. Essa abordagem prioriza princípios constitucionais e processuais como o devido processo legal, a razoável duração do processo, a instrumentalidade das formas e a cooperação. A análise conclui que o WhatsApp é um meio válido para citações eletrônicas, contanto que respeite a legislação vigente e seja empregado em caráter excepcional e subsidiário. Isso significa que seu uso só é permitido após o esgotamento de todos os outros meios de citação eletrônica e quando não há informações adicionais sobre o réu, exceto o número de telefone do WhatsApp com titularidade confirmada. Essa medida visa evitar prejuízos ao autor e garantir a celeridade processual.

Palavras-chave: Citação eletrônica; Razoável duração do processo; Devido processo legal. Citação por WhatsApp; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: This article investigates the validity of electronic citations via WhatsApp, a practice that became common during the COVID-19 pandemic. The research seeks to determine if the application can become a legal and effective means of citation, considering its widespread use in Brazil and its potential to overcome current difficulties in locating defendants, in addition to reducing costs for the public treasury. The study is based on neoconstitutionalism, a theory that promotes a more active judicial stance, aiming for the swift resolution of the merits in judicial proceedings. This approach prioritizes constitutional and procedural principles such as due process of law, reasonable duration of the process, instrumentality of forms, and cooperation. The analysis concludes that WhatsApp is a valid means for electronic citations, provided it complies with current legislation and is used in an exceptional and subsidiary capacity. This means its use is only permitted after exhausting all other electronic citation methods and when there is no additional information about the defendant, except for a WhatsApp phone number with confirmed ownership. This measure aims to prevent harm to the plaintiff and ensure procedural expediency.

Keywords: Electronic Citation; Reasonable duration of the process; Due process of law; Citation via WhatsApp; Neoconstitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

O operador do direito que atua perante processos judiciais frequentemente está trabalhando com um processo que está parado, as vezes por anos, por causa da dificuldade da citação do réu. Nestes casos, o autor da demanda possui poucos ou nenhum dado legalmente válido de contato do requerido para que seja realizada a citação de forma rápi-

¹ Paula Paciullo de Oliveira. Juiz de Fora/Minas Gerais. Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós Graduada em Direito Público pelo Instituto Damásio. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogada. E-mail para contato: paulapdeoliveira26@gmail.com.

da e solene, causando grande empecilho no requerimento da ação judicial e na obtenção da prestação jurisdicional. Esta situação se agravou ainda mais com a pandemia, levando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a editar a Resolução N° 354, em 2020 (BRASIL, 2020).

Esta resolução foi um importante marco na história da eletronização dos processos judiciais e de seus respectivos atos processuais. Em seu artigo 9º, parágrafo único previu expressamente que, naquele contexto pandêmico, o autor deveria fornecer os dados do réu para o seu contato por meio de aplicativos de mensagens e redes sociais, (BRASIL, 2020), sendo, assim, uma importante fonte normativa que facilitou a comunicação dos atos processuais e da citação em tempos de isolamento social.

Assim, este artigo busca analisar se é possível se encontrar uma forma de a citação eletrônica por meio do aplicativo de mensagens “WhatsApp” ser válida, visto que já foi amplamente usada para tal finalidade durante a pandemia de COVID-19, com o aval do CNJ, como visto acima, quando as pessoas estavam em isolamento social e havia grande dificuldade nas comunicações.

Portanto, faz-se necessário analisar se esse aplicativo seria uma possibilidade de se transformar em um meio legal para a ocorrência de citações eletrônicas, visto que essa ferramenta atualmente é amplamente usada pelos brasileiros e poderia, subsidiariamente, suprir dificuldades hoje existentes de se localizar e citar o réu em processos judiciais e, ainda, seria uma forma mais econômica e rápida de citação para o erário, que não precisaria movimentar toda uma máquina pública para se localizar o réu.

Busca-se, assim, analisar se a citação por WhatsApp poderia ser um meio de facilitar e abreviar o andamento processual e, consequentemente, ampliar, difundir e agilizar o acesso à justiça, desde que realizada de forma a que se consiga verificar se o destinatário da mensagem é o indivíduo que se está procurando no processo.

2. DA VALIDADE DA CITAÇÃO ELETRÔNICA PELO APLICATIVO “WHATSAPP”

A citação do réu pode, em alguns casos, ser um ato processual demorado do que o esperado para ser totalmente finalizado. Na tentativa de se realizar a citação, vários imprevistos podem acontecer, sendo o mais comum dele a não localização do réu no endereço indicado pelo autor. As motivações para que isso ocorra são diversas, como a mudança de endereço do réu para novo local desconhecido do autor, a tentativa de se esquivar do recebimento da intimação e, bem como, o não conhecimento, pelo autor, de maiores informações sobre a vida ou dados do réu.

Com a vida moderna, muitas relações interpessoais de quaisquer naturezas nascem, se desenvolvem e terminam no mundo digital, através de redes sociais, com ênfase para o aplicativo WhatsApp. Sendo assim, muitos conflitos, atualmente, se instauram no meio digital, onde os usuários deixam apenas as suas informações que desejam visíveis para os outros. E, assim, o potencial autor de determinada querela, possui apenas o número de telefone e do aplicativo WhatsApp como forma de contato com o potencial querelado.

Neste contexto, jurisprudência e doutrina brasileiras ainda não têm um posicionamento totalmente fundamentado e consolidado sobre a validade da citação por WhatsApp, muitas vezes entendendo que a citação por redes sociais não é válida, a citação do possível réu pode ser um problema para o indivíduo que teve seus direitos violados, dificultando, se não impossibilitando, o acesso à justiça.

Nestes casos, como será mais detalhadamente explicado neste trabalho, todo o sistema de justiça deve proporcionar uma solução melhor para o indivíduo que teve seus direitos violados do que apresentar uma barreira em um dos atos processuais mais importantes e solenes, o de impossibilidade de citação pelas redes sociais e, principalmente, pelo aplicativo WhatsApp.

Por isso, a fundamentação teórica que foi utilizada nesta pesquisa foi o neoconstitucionalismo porque trata da garantia dos direitos fundamentais, que deve ser prioritariamente observada, consagrando um amplo rol de direitos e de valores plurais (NOVELINO, 2020). Além de colocar em primeiro plano os direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo foi arquitetado para lidar com as complexidades que envolvem um Estado constitucional democrático, uma Constituição normativa garantista (NOVELINO, 2020) e um modelo processual cooperativo, embasado do devido processo legal e na razoável duração do processo, modelos esses em que todo o ordenamento jurídico brasileiro está inserido.

Assim, o neoconstitucionalismo oferece um grande embasamento teórico para que um julgador possa adotar uma postura mais ativa e cooperativa no processo, para que possa analisar e julgar em tempo razoável e de forma cooperativa, com seguindo a máxima de que se deve priorizar a solução do mérito, relevando e sanando eventuais vícios.

Portanto, o marco teórico usado foi o neoconstitucionalismo, pois esta teoria possibilita que o juiz tenha uma postura mais participativa no processo, com o intuito de priorizar a solução do mérito em um tempo mais breve, em respeito, principalmente, aos princípios constitucionais e processuais do devido processo legal, razoável duração do processo, instrumentalidade das formas e da cooperação.

Para tanto, a metodologia utilizada nesta pesquisa deve ser esclarecida aos leitores. As fontes básicas que foram usadas para elaboração deste artigo foram textos normativos, tais como leis e resoluções, cujas temáticas são pertinentes ao tema, bem como doutrinas – artigos científicos e livros – e jurisprudências de tribunais de justiça e de tribunais superiores a respeito da temática do presente tema.

As três fontes – lei, doutrina e jurisprudência – foram analisadas de forma qualitativa, por meio de pesquisa exploratória e bibliográfica, sendo coletadas por meio de buscas em bancos de dados que armazenam artigos científicos, nos sites dos tribunais superiores e de justiça e no site do planalto, local em que se encontram todas as leis necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.

Portanto, vejamos o motivo pelo qual a citação por WhatsApp deve ser válida e quais são os requisitos necessários para tanto.

2.1. DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O princípio da cooperação estabelece no artigo 6º Código de Processo Civil (CPC) que: *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”* (BRASIL, 2015). Portanto, observa-se que devem seguir este mandamento todos os sujeitos envolvidos de alguma forma processo, não apenas as partes. Esta norma foi inspirada nos direitos fundamentais constitucionais e está intrinsecamente ligada aos princípios do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (CF), da razoável duração do processo, contido no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF (BRASIL, 1988), da primazia da solução do mérito, previsto no artigo 4º do CPC, (BRASIL, 2015), sendo este infraconstitucional (CÂMARA, 2019) e da instrumentalidade das formas (BRASIL, 2015).

A interpretação destes princípios, analisados em conjunto, têm o objeto de guiar todos os operadores do direito no sentido de que o processo judicial deve ser realizado em tempo razoável, nem muito curto a ponto de não se analisar corretamente os fatos e os direitos, e nem muito longo, ao ponto de que a demora da prestação jurisdicional inviabilize o gozo do direito. E, ainda, em conjunto, dentro deste tempo razoável, os sujeitos do processo devem se esforçar juntos e em cooperação para superar obstáculos, tais como eventuais vícios procedimentais que possam surgir no andamento do processo, com o objetivo de se analisar, julgar e resolver o mérito da ação (CÂMARA, 2019) e, em algumas vezes, cooperar significa considerar determinado ato válido, mesmo que realizado de forma distinta da que foi determinada em lei, desde que preenchida a finalidade essencial do ato (BRASIL, 2015), por isso, a instrumentalidade das formas e a primazia da solução do mérito.

No caso da citação, esta cooperação deve ser empreendida para que o réu seja citado de forma célere e não demorada, visto que, como é o ato que o convoca para integrar o processo (BRASIL, 2015), é muito importante que seja realizado de forma inequívoca e breve, pois, sem este ato, não há possibilidades do processo se desenvolver e o do caso mérito ser resolvido.

Como já explicitado acima, quando não há esse esforço em conjunto para que o réu seja citado, esse ato pode demorar, muitas vezes, anos para ser solenemente realizado, ante das dificuldades de localização do requerido com os dados que a lei exige, tais como endereço e endereço eletrônico (e-mail), visto que o tempo excessivo de espera para realizar apenas o ato processual inicial de citação viola o direito de ação e o direito material em lide do autor em questão. Ou seja, viola o acesso à justiça.

Por isso, a cooperação entre todos os sujeitos do processo é fundamental para que o Estado consiga entregar ao cidadão demandante um processo em tempo razoável e que vai, efetivamente, resolver o seu mérito e lhe conceder ou reconhecer direitos.

Neste contexto surge a cooperação do autor, que tem o dever de fornecer dados aptos e autênticos para se localizar o réu, do julgador, de aceitar os dados fornecidos e de

terminar que se localize o réu pelos meios fornecidos pelo autor, dos auxiliares de justiça, de empreender meios e esforços suficientes para se localizar o réu, do réu para que mantenha sempre seus dados atualizados em bancos de dados de órgãos públicos e, também, como será detalhadamente explicado a seguir, das operadoras de telefonia em fornecer dados, para o processo, sempre que for necessário e de forma subsidiária.

Como explicado anteriormente, atualmente, muitas relações interpessoais de quaisquer naturezas nascem, se desenvolvem e terminam no mundo digital, através de redes sociais, com ênfase para o aplicativo WhatsApp. Sendo assim, inúmeros conflitos, atualmente, se instauram no meio digital, onde os usuários deixam apenas as suas informações que desejam visíveis para os outros. E, assim, o potencial autor de determinada querela, muitas vezes, possui apenas o número de telefone celular e do aplicativo WhatsApp como forma de contato com o potencial querelado. E, assim, como possui apenas esse dado, o indica para que ocorra a citação judicial, indicando que ele tem certa hipossuficiência em localizar melhor o réu, visto que não tem acesso a banco de dados e outros locais onde há dados mais detalhados.

Por isso, mais uma vez, frisa-se que é necessário que haja uma cooperação entre todos os sujeitos do processo para que se localize o réu que, muitas vezes, possui apenas a informação do número de telefone fornecido pelo autor.

Portanto, órgãos como o CNJ devem aperfeiçoar sua base de dados para que seja possível se realizar uma citação mais célere, bem como os julgadores destes casos, que, observando a inicial falta de informações e hipossuficiência do autor de consegui-las, devem determinar de forma mais rápida a pesquisa em bases de dados do Sistema de Informações ao Judiciário (InfoJud), do Restrições Judiciais Sobre Veículos Automotores (Rena-jud), Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESP) e outras bases de dados.

Ainda, devem participar desta cooperação conjunta as operadoras de telefonia, que, caso intimadas pelo julgador a prestar informações sobre quem seria o dono da linha de telefone, poderiam informar o nome do seu dono, com base no artigo 7º, inciso VI da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) que indica que *“o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral”* (BRASIL, 2018). Neste caso, as empresas de telefonia poderiam fornecer o dado do nome completo do titular da linha para que o juiz possa atestar que o dono da linha indicada pelo autor é mesmo o réu a quem se busca citar e que, provavelmente, é o usuário do aplicativo de WhatsApp do número.

Além disso, a empresa Meta, dona do aplicativo de mensagens WhatsApp, também poderia cooperar em um processo judicial com fundamento na mesa base legal da LGPD que as empresas de telefonia, afim de informar, mediante requisição judicial, o nome do indivíduo titular daquela conta de WhatsApp, para se verificar a autenticidade do portador da conta no aplicativo e a titularidade da conta.

Portanto, para que o processo judicial seja uma ferramenta útil de efetivação de direitos, mostra-se imprescindível que haja a cooperação de todos os sujeitos do processo

em um esforço conjunto para que o mérito seja resolvido. Observa-se que esta postura deve ser adotada em todos os atos processuais, da distribuição do processo à certidão de trânsito em julgado, devendo ser aplicada, principalmente, no momento de citação do réu para que ele integre em tempo razoável o processo.

Ademais, para que essa cooperação possa ser exercida no momento de citação do réu pelo aplicativo WhatsApp, devem ser respeitados alguns requisitos, a fim de que se verifique a autenticidade do destinatário da mensagem, bem como o entendimento do seu conteúdo.

Portanto, esses requisitos serão demonstrados a seguir.

2.2. DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA CITAÇÃO ELETRÔNICA PELO APLICATIVO “WHATSAPP”

O entendimento não pacífico, mas ainda predominante, entre a doutrina e jurisprudência brasileiras é a de que a citação realizada dentro do WhatsApp é nula quando não há vestígios de que, ao se citar, tomou-se a cautela necessária para se identificar, de forma inequívoca, a identidade do citando (STJ, 2023).

Sendo assim, devem ser estabelecidos requisitos para que haja essa cautela ao se citar um indivíduo dentro do aplicativo de mensagens. Além disso, dentre estes requisitos deve-se atestar a autenticidade da titularidade da conta indicada, se seria mesmo do requerido.

Vimos no tópico anterior que para se estabelecer estes requisitos, seria indispensável a cooperação do julgador, das empresas de telefonia e da própria empresa Meta, proprietária do aplicativo de fornecer o nome completo do titular registrado na conta da empresa, a fim de se atestar a titularidade e a autenticidade do número da conta do telefone indicado.

Com a intimação judicial para que estes agentes informem o nome do titular da conta do número de telefone indicado pelo autor no processo e a própria prestação da informação do nome do titular da conta pelas empresas citadas, conforme permitido pela base legal do artigo 7º, inciso VI da LGPD (BRASIL, 2018), seria possível analisar se o nome do titular da conta indicada é o mesmo que o do réu. Isto seria um forte indicativo de que aquele WhatsApp seria do réu e, assim, poderia ser enviada a mensagem de citação para ele.

Assim, faz-se mister analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre esse tema. Deste modo, com relação à permissão de que se realize a citação eletrônica especificamente por WhatsApp, como uma forma de cooperação entre as partes do processo.

O mais relevante e pioneiro precedente do STJ se deu em 2021 e na esfera penal e ocorreu no julgamento do *habeas corpus* número 641.877/DF, cujo órgão entendeu ser possível realizar a citação pelo aplicativo, desde que adotadas medidas necessárias e que

demonstrem, inequivocamente, que a identidade do dono da conta de WhatsApp e do destinatário da conversa no número indicado é mesmo a do citando (BRASIL, 2021)².

Ademais, no âmbito cível, em setembro de 2024, o STJ apontou no agravo interno nos embargos de declaração na homologação de decisão estrangeira número 2023/0083200-8 (BRASIL, 2023) quais seriam os requisitos necessários para se atestar a veracidade da titularidade da conta de telefone indicada, contemplando, ainda, a possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, de forma a se resolver a solução do mérito.

Vejamos:

HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. CONDENAÇÃO POR INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DOMICÍLIO NO BRASIL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA DEMANDA E REVELIA NO PROCESSO ALIENÍGENA. HOMOLOGAÇÃO. [...] 4. É indisputável que a parte agravada teve ciência inequívoca da demanda e que foram empreendidos esforços suficientes para que ela comparecesse ao feito, havendo, todavia, recusa proposital a fim de furtar-

2 Vejamos a ementa do caso: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. CITAÇÃO VIA WHATSAPP. NULIDADE. PRINCÍPIO DA NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO FORMAL E MATERIAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AFERIÇÃO DA AUTENTICIDADE. CAUTELAS NECESSÁRIAS. NÃO VERIFICAÇÃO NO CASO CONCRETO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A citação do acusado revela-se um dos atos mais importantes do processo. É por meio dela que o indivíduo toma conhecimento dos fatos que o Estado, por meio do jus puniendi lhe direciona e, assim, passa a poder demonstrar os seus contra-argumentos à versão acusatória (contraditório, ampla defesa e devido processo legal). 3. No Processo Penal, diversamente do que ocorre na seara Processual Civil, não se pode prescindir do processo para se concretizar o direito substantivo. É o processo que legitima a pena. 4. Assim, em um primeiro momento, vários óbices impediriam a citação via Whatsapp, seja de ordem formal, haja vista a competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF), ou de ordem material, em razão da ausência de previsão legal e possível malferimento de princípios caros como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. 5. De todo modo, imperioso lembrar que “sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 27). Aqui se verifica, portanto, a ausência de nulidade sem demonstração de prejuízo ou, em outros termos, princípio pas nullité sans grief. 6. Abstratamente, é possível imaginar-se a utilização do Whatsapp para fins de citação na esfera penal, com base no princípio pas nullité sans grief. De todo modo, para tanto, imperiosa a adoção de todos os cuidados possíveis para se comprovar a autenticidade não apenas do número telefônico com que o oficial de justiça realiza a conversa, mas também a identidade do destinatário das mensagens. 7. Como cediço, a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da conversa. É possível imaginar-se, por exemplo, a exigência pelo agente público do envio de foto do documento de identificação do acusado, de um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial possuir algum documento do citando para poder comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestado tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado. De outro lado, a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente. 8. Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individual dele. Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida. 9. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para anular a citação via Whatsapp, porque sem nenhum comprovante quanto à autenticidade da identidade do citando, ressaltando, porém, a possibilidade de o comparecimento do acusado suprir o vício, bem como a possibilidade de se usar a referida tecnologia, desde que, com a adoção de medidas suficientes para atestar a identidade do indivíduo com quem se travou a conversa. (STJ - HC n. 641.877/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 15/3/2021.)

-se das consequências de eventual resultado desfavorável, conforme se extrai dos elementos probatórios carreados aos autos. [...] 6. Ressalta-se que não há dúvida quanto à autenticidade da agravada como destinatária de tais mensagens, pois as comunicações foram feitas nos números de telefone e endereços eletrônicos dela, receptora da mensagem. Além do envio de tais comunicações, houve resposta da agravada, conforme acima explicado, até quando lhe interessou responder. 7. Ora, se o ordenamento jurídico interno consagra o princípio da instrumentalidade das formas e preceitua que eventual inobservância à forma não implica nulidade quando a finalidade do ato for alcançada (art. 2.778 do CPC/2015), bem como que a decretação de nulidade não pode ser pleiteada por quem lhe tenha dado causa (art. 2269 do CPC/2015), não há razão para reconhecer a nulidade no caso dos autos. A exigência de citação por rogatória, no caso dos autos, configura mera formalidade. (BRASIL, 2024)

Assim, verifica-se que a jurisprudência do Tribunal evolui de 2021 para 2024, passando a admitir a citação por WhatsApp e demonstrar, mesmo que de forma não muito categórica, quais seriam os meios necessários a serem empregados para atestar a autenticidade do receptor da mensagem.

Por fim, é importante registrar que a nulidade de citação pode ser suprida se, ao ter ciência do processo e de que é réu no WhatsApp, o requerido comparece ao processo, se manifestando ou apresentando defesa, preenchendo, assim, o requisito do comparecimento espontâneo, conforme preconizado pelo artigo 239 parágrafo primeiro do CPC (BRASIL, 2015). Neste caso, a citação por WhatsApp, considerada inicialmente inválida, é convalidada pelo comparecimento espontâneo e o vício é sanado, conforme os princípios da instrumentalidade das formas e cooperação.

Além do mais, necessário apontar que a citação por WhatsApp deve ser realizada em caráter excepcional e subsidiário, quando os outros meios de citação restarem frustrados e não há mais nenhum dado, informações ou paradeiro disponíveis do réu de conhecimento do autor ou nos bancos de dados do Judiciário, além do número de telefone e da conta do aplicativo vinculada, para que seja localizado.

Portanto, a citação por WhatsApp pode ser realizada de forma válida se feita de forma subsidiária e quando não há mais outros dados disponíveis e conhecidos do réu para que ele seja integrado ao processo. Além disso, quando for necessário esse tipo de citação, deve ser feito com muita cautela, tomando-se todas as medidas necessárias para se atestar que a conta indicada no aplicativo é, realmente, do citando em questão, com a cooperação do julgador e de empresas privadas que possuem dados do titular da conta para verificar a autenticidade da titularidade do requerido, conforme preconizado pela jurisprudência analisada acima.

3. CONCLUSÃO

A opção pela citação eletrônica foi um grande avanço no Brasil, visto que facilitou a realização deste ato processual de forma mais rápida e eficaz do que outros meios e, ainda, de forma menos onerosa para Estado.

Outrossim, no atual contexto da sociedade brasileira, muitas relações interpessoais de quaisquer naturezas nascem, se desenvolvem e terminam no mundo digital, através de redes sociais, com ênfase para o aplicativo WhatsApp. Sendo assim, inúmeros conflitos, atualmente, se instauram no meio digital, onde os usuários deixam apenas as suas informações que desejam visíveis para os outros. E, assim, o potencial autor de determinada que-rela, muitas vezes, possui apenas o número de telefone celular e do aplicativo WhatsApp como forma de contato com o potencial querelado. E, como possui apenas esse dado, o indica para que ocorra a citação judicial, indicando que ele tem certa hipossuficiência em localizar melhor o réu, visto que não tem acesso a banco de dados e outros locais onde há dados mais detalhados.

Nesse contexto, analisou-se que para o processo judicial ser uma ferramenta útil de efetivação de direitos, mostra-se imprescindível que haja a cooperação de todos os sujeitos do processo, em um esforço conjunto para que o mérito seja resolvido. Observa-se que esta postura deve ser adotada em todos os atos processuais, da distribuição do processo à certidão de trânsito em julgado, devendo ser aplicada, principalmente, no momento de citação do réu para que ele integre em tempo razoável o processo. Um desses momentos em que a cooperação deve ser reforçada é quando não são encontrados mais dados para que haja a citação efetiva do réu, restando apenas a opção do WhatsApp, que deve ser realizada com atenção e auxílio do julgador e de empresas de telefonia e da Meta, dona do aplicativo WhatsApp.

Sendo assim, devem ser estabelecidos requisitos para que haja essa cautela ao se citar um indivíduo dentro do aplicativo de mensagens. Além disso, dentre estes requisitos deve-se atestar a autenticidade da titularidade da conta indicada, se seria mesmo do requerido, com o apoio da Meta, que forneceria o nome completo do titular de sua conta no número de telefone indicado.

Além do mais, a citação por WhatsApp deve ser realizada em caráter excepcional e subsidiário, quando os outros meios de citação restarem frustrados e não há mais nenhum dado, informações ou paradeiro disponíveis do réu de conhecimento do autor ou nos bancos de dados do Judiciário, além do número de telefone e da conta do aplicativo vinculada, para que seja localizado.

Portanto, entende-se, assim, ao final deste artigo, que utilizar o WhatsApp como um meio para citações eletrônicas pode ser legalmente válido, desde que respeitando requisitos de se verificar a autenticidade do titular da conta no aplicativo e for feita em caráter excepcional e subsidiário, quando esgotados todos os outros meios de citação e não há mais outras informações ou dados sobre o réu, além do número de telefone conectado com o aplicativo WhatsApp, para que o autor não tenha ônus no momento de requerer seus direitos e não receba do Estado um processo muito demorado, sendo observados, principalmente, os princípios processuais fundamentais do devido processo legal, da razoável duração do processo, da cooperação e da instrumentalidade das formas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIERLE NUNES. Citação pelo WhatsApp: recente decisão do STJ. **Conjur**, 24 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-24/dierle-nunes-citacao-whatsapp-recente-decisao-stj/>. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 354, de 19 de novembro de 2020.** Dispõe sobre a regulamentação do cadastro e da regularização das entidades e programas de que trata a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: [s.n.], 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Homologação de Decisão Estrangeira nº 8123 - EX (2023/0083200-8).** 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 641.877.** Distrito Federal, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 4 nov. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Citação por aplicativo de mensagem pode ser válida se der ciência inequívoca da ação judicial. *STJ*, 22 ago. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22082023-Citacao-por-aplicativo-de-mensagem-pode-ser-valida-se-der-ciencia-inequivoca-da-acao-judicial.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

O uso do WhatsApp para citação. **Migalhas**, 4 nov. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/415525/o-uso-do-whatsapp-para-citacao>. Acesso em: 4 nov. 2024.

Quinta Turma estabelece critérios para validade de citação por aplicativo em ações penais. *STJ*, 15 mar. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15032021-Quinta-Turma-estabelece-criterios-para-validade-de-citacao-por-aplicativo-em-acoes-penais.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2024.

STJ e nula citação por WhatsApp se não assegura identidade do citando. **Migalhas**, 4 nov. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/391748/stj-e-nula-citacao-por-whatsapp-se-nao-assegura-identidade-do-citando>. Acesso em: 4 nov. 2024.

STJ valida citação por WhatsApp de empresária condenada nos EUA. **Migalhas**, 4 nov. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/414806/stj-valida-citacao-por-whatsapp-de-empresaria-condenada-nos-eua>. Acesso em: 4 nov. 2024.

STJ valida WhatsApp para citação de parte. **Valor Econômico**, 6 set. 2024. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2024/09/06/stj-valida-whatsapp-para-citacao-de-parte.ghtml>. Acesso em: 4 nov. 2024.

MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO PENAL DURANTE A REGÊNCIA: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

CHANGES TO CRIMINAL LAW DURING THE REGENCY PERIOD: CAUSES AND CONSEQUENCES

Heitor Martins Lacerda¹

RESUMO: A Regência (1831-1840) se destaca pela turbulência. Abundam rebeliões e tentativas de sedição, revelando uma luta entre diferentes projetos de país e causando uma insegurança generalizada na elite política do país. Esta buscou refúgio na lei, promulgando o Código Criminal e o Código de Processo Criminal antes de qualquer outro. O surgimento e a evolução desses diplomas, em particular quando confrontados com tentativas de rebelião escrava, revela uma contradição neles entre o Humanismo Penal da Escola Clássica e a punição estatal espetacularizada do Antigo Regime. Através desse estudo histórico, objetiva-se mostrar que a cisão contemporânea entre garantias penais e o atuar estatal, além dos padrões que determinam qual face é mostrada a quem, possuem raízes históricas profundas.

Palavras-chave: Código. Escravidão. Rebelião. “Código negro”.

ABSTRACT: The Regency (1831-1840) stands out due to turbulence. Full to the brim with rebellions and attempted secessions, the period revealed a battle between contrasting nation-building projects and caused generalized anxiety in the ruling elites. They, then, sought refuge in law, and thus promulgated the Criminal Code and the Criminal Procedures Code before any other. The creation and evolution of these norms, particularly when they were confronted by attempted slave uprisings, reveals a contradiction in them, between the humanism of the Classical School and the spectacularized punishment of the Ancien Régime. Through this historical study, one intends to demonstrate that the modern division between de jure guarantees and de facto state action, and also the patterns that determine which face is shown to whom, have deep historical roots.

Keywords: Code. Slavery. Rebellion. “Code Noir”.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca estudar a legislação penal do Brasil Império, o Código Criminal (1830) e o Código do Processo Criminal (1832), passando pelas características relevantes da sua elaboração e/ou conteúdo e com ênfase nas mudanças aos códigos durante o Período Regencial. Esse esforço objetiva responder como e porque a turbulência política da Regência impactou a legislação penal.

À primeira vista, um tópico como esse pode parecer distante da contemporaneidade, mas essa impressão rapidamente se desfaz ao considerar-se o estado de coisas político no Brasil atual: a ascensão de um discurso punitivista e a preocupação com a segurança pública, como será demonstrado posteriormente, eram pautas tão vivas quanto hoje.

Esse estudo, portanto, justifica-se na medida em que esse passeio pelo passado serve como aviso para o presente. Vem à mente o aforisma popularmente atribuído a Mark Twain: “A história não se repete, mas ela rima”. Outra máxima importante é a do pe-

¹ Graduando em direito pela Universidade de Brasília. E-mail para contato: panduka002@gmail.com.

nalista Paulo Queiroz: “[...] não existem fenômenos criminosos (nem típicos, antijurídicos ou culpáveis), mas uma interpretação criminalizante dos fenômenos; [...]”.²

Ou seja, o direito penal e seus institutos são frutos do contexto histórico, político e social, e eles respondem a certos interesses de certos atores em detrimento de outros. Em suma, o sistema penal é seletivo nas suas punições e, como se verá, o sistema penal brasileiro tem uma forte carga racial na sua seletividade, carga essa que se conserva até hoje.

A metodologia escolhida para desenvolver esse trabalho foi a pesquisa bibliográfica. Mediante consulta a documentos da época (principalmente os códigos e as emendas a ele feitas), visa-se traçar a relação de causalidade entre as emendas e o contexto sociopolítico-histórico.

2. OS CÓDIGOS

2.1. O CÓDIGO CRIMINAL (1830)

A necessidade de ter um ordenamento jurídico próprio foi sentida desde o início dos trabalhos do Parlamento³. Afinal, essa era a base que sobrava para erigir o Estado brasileiro. O que hoje é o Brasil era mais uma região geográfica do que um país. As identidades regionais eram fortes, impedindo uma integração por etnia/nacionalidade, e a situação política estava em fluxo, a ideia de um país “Brasil” não era unânime. Queiroz aponta que nem todas as províncias estavam representadas na Assembleia Constituinte, por não aderirem ao projeto de governo proposto pelo Rio de Janeiro⁴, uma síntese de elementos liberais e da antiga ordem medieval.

Mas foi esse projeto que acabou por prevalecer, e prevalecendo surgiu a necessidade de consolidá-lo através de um ordenamento brasileiro. Os parlamentares que discutiam o código eram dominados pela sensação de que o tempo corria contra eles, o elemento da urgência aparece diversas vezes nas discussões parlamentares desde a Constituinte⁵. Esse medo não era infundado, já que a ordem política já dava sinais de abalo desde a promulgação do código em dezembro de 1830 (poucos meses depois, D. Pedro I abdicou).

O Código também vinha como uma afirmação do comprometimento do Brasil com o ideário liberal e jusracionalista de matriz contratualista, rompendo com as “bárbaras” Ordenações e marcando seu ingresso no *concert of civilized nations*.⁶ Cabe lembrar

2 QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 49

3 SLEMIAN, Andrea. **À nação independente, um novo ordenamento jurídico**: a criação dos Códigos Criminal e Processo Penal na primeira década do Império do Brasil. In: RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). *Brasileiros e cidadãos. Modernidade política*. São Paulo: Alameda, 2008, p.175

4 QUEIROZ, Marcos. **Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro**: a experiência constitucional de 1823 diante da revolução haitiana. Orientador: Evandro C. Piza Duarte. 2017. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 121

5 SLEMIAN, op. cit., pp. 180, 192-193.

6 SONTAG, Ricardo. “Black code?” The exceptional regime of slave control in Brazil (1830-1888). **Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudos histórico-jurídicos** v. 24, Zaragoza, p. 109-145, 2021, p. 119 Disponível em: [\[PDF\] dpz.es](#); NUNES, Diego. **Codificação, Recodificação, Descodificação? Uma História das Dimensões Jurídicas da Justiça no Brasil Imperial a Partir do Código de Processo Criminal de 1832**. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte n. 74. pp. 135-166, jan./jun. 2019, p. 149

que o Brasil dessa época está situado na chamada “Era das Codificações”, conseqüência da formação dos Estados-Nação modernos e cujo marco foi o Código Napoleônico de 1804. A sistematização do direito não era um mero imperativo prático, mas também um marco civilizatório.

Na seara penal, a expressão/aplicação do ideário humanista se deu na Escola Clássica. Sua obra seminal, “Dos Delitos e das Penas”, foi escrita em 1764 por Cesare Beccaria. Nela se encontram vários conceitos até hoje tidos como fundamentais, tais como a legalidade penal estrita, que dita não haver crime sem lei que o defina; a proporção entre os delitos e as penas e a pena como sendo o castigo justo e proporcional àquele que conscientemente viola os termos do contrato social.⁷ Cabe ressaltar também que o livreto condena a pena de morte em qualquer hipótese salvo em casos de traição à pátria.⁸

Isso tornou a questão dos escravos no código ainda mais problemática, o ponto focal de uma dialética entre o universalismo liberal e particularismo do contexto brasileiro, que permeou todo o processo de constituição legal do Brasil, resultando em um liberalismo moderado, mas eivado de contradições, na qual a pena de morte vai figurar bem aquém dos padrões beccarianos.

Foi justamente a pena capital o foco das controvérsias mais agudas. A proposta de código de Bernardo Pereira de Vasconcellos, que baseou o futuro Código, a trazia para uma série de delitos. Entretanto, alguns deputados encabeçados pela dupla de pai e filho dos Ferreira França, se opuseram invocando argumentos de cunho religioso e humanitário, eminentemente universalistas e fazendo alusão explícita às ideias de Beccaria. Como exemplo, destaca-se o discurso de Antônio Pereira Rebouças:

Não ha publicista de razão, nem pessoa alguma justa e illustrada que não reconheça que os homens associando-se, tiveram por fundamento social garantir o melhor de sua liberdade natural, comprometendo entretanto uma parte dessa liberdade, porém nunca o seu ser. [...] O ser pois do homem não póde entrar em convenção; e se houvesse tal, não constituiria direito algum. A sociedade reconhece que ninguém se póde suicidar, porque só a Deos, que fez o homem e lhe deu o ser, pertence o tirar ao homem a vida que lhe deu. [...] Logo, qualquer pretensão sobre a vida do homem não é fundada em direito algum. Logo é uma iniquidade, uma invasão ao poder divino (Annaes da Câmara dos Deputados, p. 494.⁹

As réplicas de Vasconcellos foram emblemáticas:

[...] Parece-me pois que todos os senhores que fallarão sobre esta materia devem illustrar à comissão, sobre as penas que devem substituir à de morte e galés. Devem também declarar-se se este código comprehende os escravos. [...] ¹⁰.

7 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por José Cretella e Agnes Cretella Júnior. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

8 BECCARIA, op. cit., p. 91

9 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes do Parlamento Brasileiro. Tomo II [1830]**. Rio de Janeiro: Typographia de Hippolyto José Pinto, 1879.

10 ibid., p. 507

[...] Devo porém dizer, que quando escrevi esse artigo, se ouvisse a voz de meu coração de certo, eu votaria contra a pena de morte. Ninguém tem mais horror à ella do que eu; e se não tivesse outro conselho senão a minha antipathia, nem a pena de galés, nem mesmo a pena de prisão admittiria; mas a innocencia é victima do crime, e eu julgo, que devemos olhar para a segurança pública com preferencia à tudo [...] Disse-se mais que a pena de morte era até prohibida pelas leis divinas: não sou theologo, nem mesmo é necessario entrar nesta questão. [...] Por ora ainda não foi demonstrado, que pena possa ser substituida a esta; sómente se tem expendido sentimentos philanthropicos, com os quaes eu simpathiso. Portanto não obstante os eloquentes discursos, não posso deixar de votar pela pena de morte; porque não só é admissivel pela nossa constituição, como tambem porque é preciso attender às nossas circumstancias [...]¹¹

Na sua fala, o deputado revelou o fim do Código. Tratava-se de um dispositivo de contenção da maior ameaça ao domínio dos cidadãos livres que se associavam para criar o Brasil, mas que ao mesmo tempo era o fundamento do status desses cidadãos.

Essa ameaça era o escravizado, o não-cidadão que, por causa do seu “status” ou “qualidade”, seguindo o termo empregado pelas Ordenações, estava por definição além das proteções constitucionais.¹² Contra essa população, o Código trazia uma série de exceções codificadas em artigos (o 60, por exemplo, que estabelecia a pena de açoites só para escravizados), algo que para o autor, permite falar de um “código negro”¹³, como um microsistema dentro da lei penal desenhado para punir desproporcionalmente o escravizado.

Dito isso, como se verá mais adiante (3.1), o Estado brasileiro estava disposto a extrapolar até mesmo as exceções *in pejus* aplicadas aos escravos, adentrando no campo da ilegalidade total em casos de ameaças especialmente perigosas para a ordem sociopolítica imperial.

No fim, a polêmica se encerrou à moda da época, mediante conciliação. A pena de morte foi mantida para homicídio qualificado, latrocínio e insurreição de livres ou de escravizados.¹⁴ Restava explícito o fato apontado por Sontag¹⁵: o sistema penal foi desenhado para selecionar escravos, libertos e outros homens livres pobres como vítimas prediletas.

2.2. O CÓDIGO DO PROCESSO CRIMINAL (1832)

A elaboração do Código do Processo Criminal foi bem menos controversa. Afinal, o governo encontrava-se dominado pelos liberais, majoritariamente bachareis de Coimbra da década de 1820 e hostilizados a ponto de serem expulsos da faculdade por suas

11 *ibid.*, p. 512

12 SONTAG, op. cit., p. 118

13 *ibid.*, p. 117

14 SLEMIAN, op. cit., p.197

15 SONTAG, op. cit., p. 119

tendências liberais¹⁶, criando um forte *esprit de corps*. Figura central nesse código é o juiz de paz, que na verdade o antecede. O cargo foi criado em 1827, realizando uma previsão constitucional. Juizes de paz eram eleitos localmente e não tinham nem treinamento nem salário, compondo pequenos litígios e promovendo conciliações.¹⁷

Consoante ao projeto de descentralização política dos liberais, o Código do Processo Criminal empoderou radicalmente os juizes de paz. Dantas enumera suas funções,

Os juizes de paz, além das funções determinadas pela lei de 1827, eram responsáveis por “formar a culpa aos delinquentes”; obrigar à assinatura de termo de bem viver e de segurança; conceder fiança na forma da lei, aos declarados culpados no Juízo de Paz; bem como julgar as contravenções às posturas das câmaras municipais e os crimes a que não fossem impostas penas maiores que multa até cem mil réis, prisão, degredo ou desterro por até seis meses.¹⁸

A mesma autora vai classificar essa justiça como uma “Justiça cidadã” (p.108)¹⁹, com a maioria dos procedimentos dominados por leigos. As poucas concessões aos juizes togados, tal como o cargo de chefe de polícia para juizes de direito em cidades grandes, foram rapidamente diminuídas em importância na prática.²⁰

O Conselho de Jurados também era outra peça importante no mecanismo processual. Ele dividia-se em júri de acusação e de julgamento, e seu processo de alistamento revela nitidamente o grau de controle das autoridades locais sobre a justiça,

Deveriam compor os conselhos de jurados todos os que tivessem as qualidades para serem eleitores. A elaboração da lista dos cidadãos aptos era de competência, em cada distrito, de uma junta composta por um juiz de paz, o pároco e o presidente da Câmara municipal; sendo que qualquer decisão, acerca da inclusão ou exclusão de nomes nas respectivas listas, seria resolvida por uma junta formada pelos juizes de paz dos distritos compreendidos no termo.²¹

O Código também dialogava com o Ato Adicional, outra lei descentralizadora instituída pelos liberais. A competência legislativa sobre cargos dos governos municipais e provinciais ficou com as recém-criadas Assembleias Provinciais (art.10, §7 do Ato), o que abarcava praticamente todos os postos instituídos pelo Código.

3. AS MUDANÇAS NOS CÓDIGOS

Desde a promulgação das leis penais, alguns parlamentares estavam insatisfeitos. Eles julgavam a legislação defeituosa e ineficaz, tanto a processual²²

16 MOTA, Carlos Guilherme (org.). FERREIRA, Gabriela Nunes. **Os juristas na formação do Estado- Nação Brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010., p. 302

17 *ibid.*, p. 303

18 DANTAS, Mônica Duarte. **O Código do Processo Criminal e a Reforma de 1841**. In: Conferência apresentada junto ao IV Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito. Faculdade de Direito/USP, 2009. Disponível em: [\[PDF\] academia.edu](#)

19 *ibid.*, p. 108

20 MOTA (org.), FERREIRA, op. cit., p. 306

21 DANTAS, op. cit., p. 107

22 MOTA (org.), FERREIRA, op. cit., p. 307

quanto a criminal.²³ A impressão era de que a urgência nos trâmites havia rendido frutos imperfeitos. Junto a isso, imperava também o caos do período regencial.

A Regência foi marcada pela instabilidade política. Projetos dissidentes de país, esmagados quando da Constituinte, ressurgiram para assombrar a Corte. Revoltas estouraram pelo país inteiro, para o desespero das elites. Houveram várias de caráter separatista ou reformista, porém as que mais impactaram a legislação foram as revoltas de escravizados.

Faz-se necessário, portanto, contextualizá-las. A primeira metade do século XIX foi o período no qual o ciclo do café estava em franca ascensão. Alastraram-se os cafezais Vale do Paraíba acima, e a região passou a ser o epicentro da riqueza nacional. O cultivo seguia o modelo da *plantation* norte-americana, de monocultura destinada à exportação.²⁴ Essa forma de organização da produção exige muita mão de obra, e os traficantes de escravizados responderam à demanda. Simultaneamente ao *boom* cafeeiro, registrou-se um pico de importações de escravizados.²⁵ Esses recém-chegados, seja de outras regiões do Brasil ou da África, ajudaram a transformar a indignação latente em rebelião explícita.

Tal desordem propeliu o Regresso²⁶, nome dado à ruptura do domínio liberal e o empoderamento de figuras conservadoras, comprometidas com um projeto de Estado muito mais centralizado, o que passou pela reforma do Código de Processo Criminal.

Em meio a esse emaranhado de movimentos, dotados de motivações e participantes diferentes, ainda é possível traçar algumas relações de causalidade entre episódios de rebelião e retaliações na forma da lei, buscando retificar o sistema penal brasileiro e restabelecer a ordem.

3.1. CARRANCAS, MALÊS E O FANTASMA DO HAITI: ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL

A Revolta de Carrancas (1833) é um caso paradigmático das revoltas de escravizados que se observaram no período Regencial. Ela estourou na freguesia homônima, depois de extenso planejamento. Marcos Andrade menciona que o líder Ventura Mina já conspirava com outros escravizados dois anos antes da efetiva eclosão da rebelião²⁷. O levante se desenrolou principalmente nas propriedades de uma influente família local de sobrenome Junqueira e teve como motivo, evidentemente, a indignação dos participantes em relação à sua escravização e as condições extenuantes de trabalho.

Disputas entre restauradores (“caramurus”) de D. Pedro I e os liberais também tiveram um papel importante. Uma rebelião de Ouro Preto, conduzida pelo primeiro grupo, influenciou diretamente os escravos em Carrancas, porque circulavam boatos que os cara-

23 SLEMIAN, op. cit., p. 198

24 PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 41ª edição. São Paulo, Brasiliense. 1994, p. 166

25 ANDRADE, Marcos. **Negros rebeldes nas Minas Gerais: a revolta de escravos de Carrancas (1833)**, 2011. Disponível em: https://pedigreedaraca.com.br/a_revolta_de_carrancas.pdf. Acesso em: 8 de nov. 2025, p. 1

26 MOTA (org.), FERREIRA, op. cit., p. 311

27 ANDRADE, Marcos. **Negros rebeldes nas Minas Gerais: a revolta de escravos de Carrancas (1833)**, 2008. Disponível em: https://pedigreedaraca.com.br/a_revolta_de_carrancas.pdf. Acesso em: 8 de nov. 2025.

murus teriam liberto os escravos da cidade. Segundo os autos, Francisco Silvério Teixeira, comerciante local e inimigo político da família Junqueira, alimentou os rumores.²⁸

Os primeiro ato da rebelião foi o assassinato de um feitor na Fazenda Campo Alegre. De lá, os sublevados foram à casa-grande da Fazenda Bela Cruz, também de propriedade dos Junqueira. Chegando lá, mataram os cinco membros da família que estavam na casa e emboscaram mais um. Eles então tentaram invadir outra fazenda, mas encontraram resistência e fugiram. Ao fim de uma extensa busca, as forças da Guarda Nacional mataram 5 revoltosos e prenderam outros 28.²⁹

O objetivo da revolta, segundo os mesmos autos, era o extermínio dos brancos de Carrancas e a tomada das suas propriedades. A brutalidade da revolta também contribuiu para a histeria. Os laudos e testemunhos apontam requintes de crueldade e vilipêndio aos cadáveres contra os Junqueiras assassinados.³⁰

A punição foi exemplar. 16 escravos foram condenados à morte, pelos crimes de cabeça de insurreição ou homicídio qualificado (arts. 113 e 192 do Código Criminal, respectivamente), e enforcados em dias alternados. A execução ganhou contornos de um suplício medieval, com uma procissão altamente pública precedendo cada enforcamento.³¹ Carrancas pode ser entendido como uma instância do “código negro” descrito por Sontag em ação. As exceções ao código penal liberal, os aspectos mais próximos ao “barbarismo” do Livro V das Ordenações e ao direito medieval, eram aplicados aos escravizados.

Dois anos depois, estouraria a Revolta dos Malês (1835). Ela compartilhou com a anterior a indignação com o trabalho forçado, mas o elemento religioso a diferenciou. Os malês eram escravos muçulmanos, muitos deles recém-chegados, os ditos “africanos” em contraposição aos “crioulos” nascidos no Brasil. A questão religiosa era central, já que os arts. 276 a 280 do Código Criminal continham provisões destinadas a suprimir cultos não católicos.

Outro fator fez com que a Revolta dos Malês se destacasse: eles tinham pretensões de governo, de tomar o poder.³² A conspiração incluía ataques coordenados a sedes do poder local em Salvador, articuladas por meio de recados em árabe. A data do levante era carregada de simbolismo: 25 de Ramadã (janeiro), a Noite do Poder, em que o Arcanjo Gabriel revelou os primeiros versos do Alcorão a Maomé.

A revolta foi condenada ao fracasso antes de começar. Uma denúncia anônima fez com que as autoridades tomassem precauções e, pese os enfrentamentos nas ruas de

28 Ibid., pp. 16-17; PIROLA, Ricardo. **Escravos e rebeldes nos tribunais do Império - Uma história social da Lei de 10 de junho de 1835**. 2º ed. Campinas: UNICAMP/IFCH, 2023, pp. 130.

29 PIROLA, op. cit., pp. 120-121

30 ANDRADE, Marcos. **Rebelião escrava no Sudeste do Império do Brasil: a revolta de Carrancas – Minas Gerais (1833)**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo. 2011., pp. 2, 4

31 Ibid., p. 4

32 REIS, João José. **A Revolta dos Malês de 1835**. Universidade Federal da Bahia, 2008. Disponível em: <https://educacao3.salvador.ba.gov.br/adm/wp-content/uploads/2015/05/a-revolta-dos-males.pdf>. Acesso em: 8 de nov. 2025.

Salvador, os malês foram derrotados. Uns 70 revoltosos morreram, cerca de 10 soldados do outro lado também, e o medo de revoltas vindouras perdurou por muitos anos.³³

O incidente com os Malês trouxe um grau de repressão excepcional até pelos padrões do Código, que já tinha imbricado em si exceções para tratar mais rigorosamente escravos delinquentes. A deportação para a África e a pena de morte (ou, na verdade, sua forma de execução) servem de exemplo. A primeira foi reservada a libertos contra os quais não havia provas concretas. Já quanto à pena capital, 16 foram condenados, mas 12 tiveram suas penas comutadas. Os outros 4 foram fuzilados, todos no mesmo dia.³⁴ Isso vai contra o próprio Código Criminal, que estabelecia taxativamente no seu artigo 38 que “A pena de morte será dada na forca”. Tampouco era a deportação uma pena aplicável a qualquer pessoa, escravizada ou livre, não constando na legislação penal. Trata-se de uma inovação punitiva do momento.

O motivo pelo qual ambos os incidentes apavoraram tanto as elites da época foi por causa do seu paralelismo com eventos que ocorreram cerca de 44 anos antes, no Haiti. De fato, o “haitianismo” foi uma sombra que pairou sobre o Brasil durante seu processo de independência. Marcos Queiroz traz múltiplos exemplos de fontes da época aludindo com pavor ao exemplo haitiano.³⁵

Além disso, os episódios de Carrancas em particular foram um ataque direto à elite política do Império, porque Gabriel Francisco Junqueira, um dos membros sobreviventes da família, era deputado à época do levante e escapou dele justamente por estar na Corte Imperial naquele momento. O feitor assassinado no começo da revolta era seu filho, Gabriel Francisco Junqueira de Andrade.

Sob essa perspectiva, o “código negro” ao qual alude Sontag foi construído precisamente para impedir que um “novo Haiti” ocorresse no Brasil, e a insatisfação latente dos legisladores com o ordenamento penal é um sintoma dessa quase paranoia em relação a um potencial levante. Nesse contexto, os episódios em Salvador e em Carrancas deram razão à insatisfação e insuflaram a paranoia. O caso dos Malês era tido como tão gravoso que a repressão subsequente foi além da espetacularização de Carrancas e até do próprio Código. O de Carrancas, por sua vez, foi um espelho quase perfeito dos eventos no Haiti: uma revolta estourando em uma fazenda de uma região economicamente crucial e que envolveu o assassinato de brancos da elite.

A suspeita de “brandura” das leis virou convicção, e então surgiu a Lei de 10 de Junho de 1835. A lei estabeleceu punições excepcionais, e um processo excepcional para acompanhá-las. No regime do Código, o crime de lesões corporais tinha como pena máxima a de prisão com trabalho (art. 205), e a pena de morte só era aplicável ao homicídio qualificado (art. 192). Agora, pelo artigo 1º da nova lei, se o autor fosse escravizado a pena por lesões corporais graves ou homicídio, qualificado ou não, era a de morte.

33 Ibid., pp. 3-4.

34 Ibid., p. 10

35 QUEIROZ, Marcos, op. cit., pp. 106, 111, 114.

O procedimento delineado na lei foi desenhado de modo a produzir condenações céleres, diminuindo ou revertendo garantias processuais. O art. 2 da lei ditava que deveria haver uma reunião extraordinária do júri do termo para julgar as hipóteses do art. 1º. Sentenças condenatórias eram irrecorríveis e quórum para determinar a pena de morte foi abaixado, passando a ser $\frac{2}{3}$ dos jurados ao invés de unanimidade, que era a regra usual constante do art. 332 do Código do Processo Criminal.

Em suma, o sistema novo foi desenhado de modo a suprir uma insuficiência do sistema penal na sua tarefa de reprimir a população escrava. O fim visado por essa reforma foi maximizar a condenação e minimizar as possibilidades de defesa do réu.

3.2. UM (RE)ARRANJO POLÍTICO: MUDANÇAS AO CÓDIGO DO PROCESSO CRIMINAL

O Código do Processo Criminal, mais que um documento meramente “técnico” ou procedimental, representa uma opção por um determinado modelo político “[...] baseado no *self-government*, de matriz anglo-saxônica [...]”³⁶, que incluía (entre outras características) a descentralização. E não poderia ser de outra forma. Afinal, a época de promulgação desse código era de dominância dos liberais.

Como já se observou, contudo, a insatisfação com o Código data da sua gênese, e rapidamente seria corroborado pelos fatos. Faltavam pessoas para ocupar a miríade de postos recém-criados, e os que eram ocupados viraram armas das elites locais em suas disputas políticas. A concentração de funções no juiz de paz fez com que o sistema judicial e policial do Código fosse marcado pela ineficiência e pela impunidade.³⁷

É evidente, portanto, que o sistema criado pelo Código de 1832 seria insuficiente para lidar com levantes na escala das rebeliões regenciais. Aliás, a eclosão dessas revoltas (especialmente as de escravos) findou o projeto político descentralizador como um todo. O pânico induzido nas elites produziu um consenso no sentido de fortalecer o poder central, culminando no Regresso Conservador. O *boom* cafeeiro também teve papel significativo em inverter o status quo político.³⁸

Naturalmente que a retaliação conservadora iniciaria-se pela obra prima das reformas liberais: O Ato Adicional. A Lei de Interpretação do Ato Adicional foi sancionada pouco tempo antes do fim da Regência, e um dos seus focos foi justamente tirar das legislaturas estaduais a iniciativa sobre os cargos instituídos pelo Código do Processo Criminal, mediante a distinção entre empregados gerais provinciais e empregados municipais gerais. Nas palavras de Ferreira:

A primeira compreendia os empregados provinciais e municipais “criados por leis gerais, para execução de leis também gerais relativas a objetos sobre os quais não podem legislar as Assembléias Provinciais”. Tais eram os juizes de direito, municipais, de órfãos, de paz, promotores, tabeliães, párocos, vereadores, chefe de legião

36 DANTAS, op. cit., p. 118

37 MOTA (org.), FERREIRA, op. cit., p. 307

38 MOTA (org.), FERREIRA, op. cit., p. 311-313

e mais oficiais da Guarda Nacional. A segunda categoria compreendia empregados provinciais e municipais “criados por leis provinciais ou ainda gerais, relativas a objetos sobre os quais podem legislar as Assembléias Provinciais” — incluindo empregados na instrução pública, na arrecadação e fiscalização das rendas provinciais e municipais, na administração dos bens provinciais, etc. Note-se que todos os empregos do sistema judicial de primeira instância ficavam enquadrados na primeira categoria.³⁹

A Lei de Interpretação, abriu as portas para a reforma do Código do Processo Criminal, que viria com a Lei de 3 de dezembro de 1841 e regulamentada posteriormente. O alvo mais visado seria o juiz de paz e seus vastos poderes. As atribuições criminais e policiais do juiz de paz foram transferidas aos recém criados delegados, subdelegados, e também aos juizes municipais e ao chefe de polícia (até então negligenciado), todos os quais passaram a ser nomeados ou pelo imperador ou pelos presidentes de província. Em suma, “A formação da culpa, portanto, caberia, de 1841 em diante, a subdelegados, delegados, juizes municipais e chefes de polícia.”⁴⁰

O Conselho dos Jurados, outro braço do projeto de “justiça cidadã”, tampouco saiu ileso. Os critérios censitários para a escolha dos jurados foram aumentados, e foi adicionado o requisito da alfabetização. Além disso, o júri de acusação foi extinto e a escolha dos jurados passou a ser feita pelo delegado, sendo revista por uma junta dominada por autoridades nomeadas pelo poder central.⁴¹ Resumindo todas essas alterações, Diego Nunes escreve:

A Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, “Reformando o Codigo do Processo Criminal”, trouxe uma série de modificações em vários âmbitos, a saber, “Da Policia”, criando um novo corpo vinculado ao Ministério da Justiça que tomava para si as atribuições de investigação dos crimes do juiz de paz; “Dos Juizes Municipaes”, que ganharam a atribuição da formação da culpa também desidrataram o juiz de paz, que perdeu para aqueles alguns de seus poderes judicantes; “Dos Promotores Publicos”, que deixavam de serem eleitos e passariam a ser letrados; “Dos Juizes de Direito” que tinham reforçada sua autoridade; “Dos Jurados” que sofreram maiores limitações de renda e deixaram de ser indicação do juiz de paz, perdendo a conexão com o poder local, “Da prescrição” e “Das fianças” resolvendo algumas contradições do texto de 1832; “Da formação da culpa” e “Do julgamento das causas perante o Conselho de Jurados” redistribuindo as atribuições processuais em perspectiva mais centralizadora, diminuindo o papel dos jurados; e por fim “Dos recursos” e “Das appellações e revistas”, dando disciplina mais clara aos dispositivos originais. O Art. 95 das disposições gerais resume bem essa série de modificações: “Ficão abolidas as Juntas de Paz, e o 1º Conselho dos Jurados. As suas attribuições serão exercidas pelas Autoridades Policiaes creadas por esta Lei, e na forma por ella determinada” [...].⁴²

39 MOTA (org.), FERREIRA, op. cit., p. 351

40 DANTAS, op. cit., p. 112

41 DANTAS, op. cit., p. 113

42 NUNES, op. cit. 143

Do antigo sistema de “justiça cidadã” sobrou pouco. Praticamente todos os cargos remetiam de alguma forma ou outra a uma indicação pelo poder central. Era o nascimento de um novo sistema de organização política, de cunho hierárquico e “de base francesa, assentada na magistratura togada e no papel exercido pelo governo central no tangente à nomeação das autoridades.”⁴³

Porém, isso não significou a reposição das pessoas que ocupavam os postos. Como Ferreira bem aponta, eles continuaram dominados, *mutatis mutandis*, pelas mesmas figuras⁴⁴. O que ocorreu foi uma centralização no sentido de uma maior presença do governo como árbitro de disputas locais, e um maior protagonismo dos cargos distribuídos por ele.

4. ONTEM ASSIM COMO HOJE: OS IMPACTOS

Desde os fatos narrados até hoje, desenvolve-se um processo de emancipação e empoderamento da comunidade afro-brasileira, refletido no direito. A Lei Áurea (1888), as Leis Afonso Arinos (1951) e Caó (1989), ambas criminalizadoras do racismo, além da tipificação constitucional do crime de racismo como sendo inafiançável e imprescritível⁴⁵ são testemunhos disso.

Contudo, a realidade fática destoa fortemente da normatividade. A edição mais recente do Anuário Brasileiro de Segurança Pública aponta que a maioria das vítimas de letalidade policial e a maioria da população carcerária é negra⁴⁶. O mesmo anuário denuncia a ineficácia da legislação antirracista promulgada porque:

[...] a ausência de estatísticas oficiais, a não padronização dos registros, bem como marcos normativos que se valem do uso de termos equívocos e imprecisos, tem sido a regra do cenário que envolve a formalidade jurídica da documentação dos crimes raciais [...].⁴⁷

É aí que reside a continuidade histórica: na distribuição desigual do poder punitivo do Estado, codificada pela primeira vez na legislação penal imperial. Essa seletividade no punir gera um persistente estado de exceção em relação à população afrobrasileira, constituindo o cerne de uma necropolítica desencadeada contra esse grupo subalternizado.

Giorgio Agamben conceitua o estado de exceção como sendo uma dinâmica na qual a existência biológica dos sujeitos (“vida nua” ou o grego *ζοή* são os termos que ele usa) é incluída no ordenamento jurídico mediante sua exclusão. O escravizado na lei imperial aparece apenas como um corpo objeto da violência soberana, jamais como sujeito de direito. Nesse sentido, o que Sontag chama “black code” é a manifestação desse estado de exceção na legislação.

43 DANTAS, op. cit., p. 118

44 MOTA (org.), FERREIRA, op. cit., p. 355-357

45 Inciso XLII do Art. 5, CF/88.

46 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **19º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2025. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/c3605778-37b-3-4ad6-8239-94e4cb236444>. Acesso em: 10 de nov. 2025, pp. 68-73 e p. 380.

47 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, op. cit., p. 119

O estado de exceção é a principal ferramenta no desenvolvimento de uma política que, mediante violência, separa no nível conceitual, e físico-territorial os que devem viver dos que devem ser mortos. Ou seja, uma necropolítica. Mbembe (2016), ao desenvolver esse conceito, aponta para suas primeiras manifestações justamente nas colônias escravistas do “Novo Mundo”, entre elas o Brasil⁴⁸.

Indo além, Agamben toca em um aspecto crucial da dinâmica da exceção:

[...] o estado de exceção, no qual a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e capturada pelo ordenamento, constituía, na verdade, em seu apartamento, o fundamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político; [...].⁴⁹

Aplicado ao contexto do Brasil escravocrata, a fala de Agamben confirma a já abordada relação dialética entre o cidadão e o escravo (2.1). O ordenamento jurídico aplicado aos cidadãos existe porque existem também instâncias da sua suspensão em relação aos escravizados. Essa contradição persiste até hoje em outras formas por estar na gênese do conceito de soberania e, por consequência, do Estado moderno.⁵⁰

Ainda que avanços sociais tenham tornado intoleráveis leis abertamente discriminatórias tais como os Códigos imperiais, isso significa apenas que a discriminação tende a migrar para a informalidade dentro do sistema penal e seus autores. Uma seara tecnicamente ilegal, mas tolerada. Um bom exemplo é a violência verbal e/ou física durante abordagens policiais, ou ainda a execução clandestina de suspeitos rendidos em operações contra o crime organizado.

O paralelismo persiste também no discurso. A segurança pública e a manutenção da ordem foram as justificativas para a codificação da exceção no Império, com o fim de subjugar completamente a comunidade negra. Hoje, a segurança pública e a manutenção da ordem são as justificativas para o endurecimento da legislação penal; para a suspensão de garantias tais como a progressão de regime na execução das penas; para a perpetuação de operações policiais altamente letais nas periferias, entre outras medidas que perpetuam o fim do passado com métodos do presente.

Resumindo, no Brasil, “bandido bom” foi e ainda é “bandido morto”, mas o que é “bandidagem” muda com a época. A peça fixa no esquema são os sujeitos aos quais é atribuída a nomenclatura de “bandido”.

5. CONCLUSÃO

Através da análise das fontes, fica evidente que o sistema penal imperial e seus dois Códigos nasceram em um contexto de necessidade de se consolidar a ordem. Essa consolidação necessariamente passava pela repressão da população escravizada através do Código Criminal e pelo empoderamento/apaziguamento de elites locais através do Cód-

48 MBEMBE, Achille. Necropolítica. Traduzido por Renata Santini. **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**. Rio de Janeiro n. 32, p. 123-151, dezembro de 2016, p. 132-133.

49 AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua**. Traduzido por Henrique Burigo. 1º ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 16.

50 MBEMBE, op. cit., p. 113; AGAMBEN, op. cit., p. 125.

go do Processo Criminal. O Código Criminal, criado na contradição entre o liberalismo e os resquícios do Medievo, visava atingir seu fim reservando aos escravos as penas mais “medievais”, e o Código de Processo buscava seu objetivo criando uma justiça leiga e dominada por autoridades locais.

O senso de urgência sentida pelos legisladores no esforço legislativo que gerou os Códigos conduziu a um resultado que muitos consideraram insuficiente, especialmente no campo processual. Portanto, as rebeliões regenciais, especialmente a Revolta de Carrancas e a Revolta dos Malês tiveram o efeito de confirmar essas suspeitas e alterar radicalmente a legislação penal no sentido de endurecê-la.

No direito penal *stricto sensu*, isso passou pelo estabelecimento de um processo sumaríssimo desenhado para matar o maior número de escravizados resistentes possível. Já na seara processual, as mudanças foram simétricas às ocorridas no campo político. As rebeliões levaram as elites a descartar o modelo descentralizado de governo, fortalecendo o poder central. Paralelamente, as reformas ao direito processual fortaleceram autoridades designadas pelo poder central, acompanhando as mudanças no arranjo político. Por fim, cabe retomar a introdução, indagando o quanto o sistema penal realmente mudou desde aquela época. Afinal, o Brasil continua sendo um país cujo sistema penal continua a vitimizar desproporcionalmente a população negra, descendentes diretos dos escravos que ele outrora condenou à força.

Esse estudo e outros nesse campo, então, ficam como aviso, mostrando o que pode ocorrer quando garantias constitucionais, de direitos humanos etc. são consideradas sacrificáveis em nome do bem maior da “segurança pública”. Que nós não façamos a história continuar a rimar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua**. Traduzido por Henrique Burigo. 1º ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ANDRADE, Marcos. **Negros rebeldes nas Minas Gerais: a revolta de escravos de Carrancas (1833)**, 2008. Disponível em: https://pedigreedaraca.com.br/a_revolta_de_carrancas.pdf. Acesso em: 8 de nov. 2025.

ANDRADE, Marcos. **Rebelião escrava no Sudeste do Império do Brasil: a revolta de Carrancas – Minas Gerais (1833)**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por José Cretella e Agnes Cretella Júnior. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes do Parlamento Brasileiro. Tomo II [1830]**. Rio de Janeiro: Typographia de Hippolyto José Pinto, 1879.

BRASIL. LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830. Código Criminal do Império do Brasil, Rio de Janeiro. Disponível em: [LIM-16-12-1830.htm](http://lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 9 de nov. 2025

BRASIL. LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832. Código do Processo Criminal do Império do Brasil, Rio de Janeiro. Disponível em: lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 8 de nov. 2025

DANTAS, Mônica Duarte. **O Código do Processo Criminal e a Reforma de 1841**. In: Conferência

apresentada junto ao IV Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito. Faculdade de Direito/ USP, 2009.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **19º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2025. Disponível em: <https://publicacoes.forum-seguranca.org.br/items/c3605778-37b3-4ad6-8239-94e4cb236444>. Acesso em: 10 de nov. 2025

MBEMBE, Achille. Necropolítica. Traduzido por Renata Santini. **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**. Rio de Janeiro n. 32, p. 123-151, dezembro de 2016. MOTA, Carlos Guilherme (org.). FERREIRA, Gabriela Nunes. **Os juristas na formação do Estado-Nação Brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NUNES, Diego. **Codificação, Recodificação, Descodificação? Uma História das Dimensões Jurídicas da Justiça no Brasil Imperial a Partir do Código de Processo Criminal de 1832**. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte n. 74. pp. 135-166, jan./jun. 2019.

PIROLA, Ricardo. **Escravos e rebeldes nos tribunais do Império - Uma história social da Lei de 10 de junho de 1835**. 2º ed. Campinas: UNICAMP/IFCH, 2023

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 41ª edição. São Paulo, Brasiliense. 1994. QUEIROZ, Marcos. **Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro: a experiência constitucional de 1823 diante da revolução haitiana**. Orientador: Evandro C. Piza Duarte. 2017. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. REIS, João José. **A Revolta dos Malês de 1835**. Universidade Federal da Bahia, 2008. Disponível em: <https://educacao3.salvador.ba.gov.br/adm/wp-content/uploads/2015/05/a-revolta-dos-males.pdf>. Acesso em: 8 de nov. 2025.

SLEMIAN, Andrea. **À nação independente, um novo ordenamento jurídico: a criação dos Códigos Criminal e Processo Penal na primeira década do Império do Brasil**. In: RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). **Brasileiros e cidadãos. Modernidade política**. São Paulo: Alameda, 2008. SONTAG, Ricardo. “Black code?” The exceptional regime of slave control in Brazil (1830-1888). **Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudos histórico-jurídicos** v. 24, Zaragoza, p. 109-145, 2021. Disponível em: [PDF] [dpz.es](https://www.dpz.es). Acesso em: 10 de nov. 2025.

EXCLUSÃO DE ILICITUDE EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM ESTUDO SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

EXCLUSION OF ILLEGALITY IN DOMESTIC VIOLENCE CASES:
A STUDY ON VIOLENCE AGAINST WOMEN.

Pablo Ruan de Paula Teles¹

Suzana Cunha Modesto²

RESUMO: É inegável que a violência doméstica no Brasil se configura como um grave problema social, com dados alarmantes que indicam, entre 2013 e 2023, ao menos 47.463 homicídios de mulheres, sendo 3.903 somente em 2023. Ademais, 64,3% dos casos de violência contra mulheres no país em 2023 ocorreram no âmbito doméstico, o que indica a relevância desse cenário. Nesse contexto, a exclusão de ilicitude em casos de violência doméstica, especialmente na legítima defesa e no estado de necessidade, é um tema muito importante no direito penal. A legítima defesa, prevista no art. 25 do Código Penal, permite que a mulher reaja para proteger sua vida ou integridade frente a uma agressão injusta e atual. Já o estado de necessidade, conforme o art. 24 do CP, justifica um ato ilícito para evitar mal maior em agressão iminente. Além disso, a Lei Maria da Penha reforça a proteção às mulheres, facilitando a aplicação das excludentes de ilicitude em casos de reação à violência sofrida. Este estudo, de natureza quali-quantitativa, objetiva analisar a aplicação dessas causas de exclusão de ilicitude, destacando a importância da proteção jurídica à mulher em contextos de violência doméstica e refletindo sobre a necessidade urgente de medidas eficazes para enfrentar esse panorama alarmante.

Palavras-chave: Violência doméstica. Exclusão de ilicitude. Legítima defesa.

ABSTRACT: It is undeniable that domestic violence in Brazil constitutes a severe social problem, with alarming data indicating that, between 2013 and 2023, at least 47.463 women were murdered, with 3.903 victims in 2023 alone. Moreover, 64,3% of the cases of violence against women in the country in 2023 occurred in the domestic sphere, highlighting the significance of this issue. In this context, the exclusion of unlawfulness in domestic violence cases, particularly in self-defense and necessity situations, is a crucial topic in Criminal Law. Self-defense, as stated in Article 25 of the Penal Code, allows women to react to protect their life or integrity against an unjust and imminent aggression. On the other hand, the state of necessity, as outlined in Article 24 of the Penal Code, justifies an unlawful act to avoid a greater harm in the face of imminent aggression. Furthermore, the Maria da Penha Law (Law No. 11.340/2006) strengthens the protection of women, facilitating the application of excludents of unlawfulness in cases of reaction to violence. This study, of a qualitative-quantitative nature, aims to analyze the application of these causes of exclusion of unlawfulness, emphasizing the importance of legal protection for women in domestic violence contexts and reflecting on the urgent need for effective measures to address this alarming situation.

Keywords: Domestic violence, Exclusion of unlawfulness, Self-defense.

1 Graduando em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará – UFC (ingresso em 2022; conclusão prevista para 2025.2). Técnico em Finanças pela Escola Estadual de Educação Profissional Maria Auday Vasconcelos Nery (2019–2021). Estagiário de consultoria de projetos na Integra Estruturações e Estratégias, com atuação em PPPs e concessões (julho de 2023 a julho de 2025). Auxiliar de consultoria de projetos na Integra Estruturações e Estratégias, com atuação em PPPs e concessões (agosto de 2025–atualmente). E-mail para contato: pablroruantes4@gmail.com.

2 Graduanda em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará – UFC (2019–atualmente). Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza – Unifor (2022–atualmente). Concluiu o ensino médio no Colégio Mauro Bezerra (2015–2017). Monitora de Penal III na Universidade de Fortaleza (vigente; início em 2025.2 e término previsto para 2026.1). Estagiária na Associação dos Profissionais da Segurança – APS (setembro de 2024–atualmente). E-mail para contato: suzana_modesto@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, é indubitável que a violência doméstica é um sério problema no contexto brasileiro, visto que, de acordo com o Atlas da Violência³, de 2013 até 2023, pelo menos 47.463 mulheres foram mortas no território brasileiro, sendo 3.903 vítimas somente no ano de 2023, o que equivale a uma taxa de 3,5 casos para cada 100 mil mulheres.

Em 2023, o total de mulheres agredidas no âmbito doméstico foi de 177.086, representando 64,3% de todos os casos de violência contra mulheres no país, o que evidencia o quão grave é esse cenário.

Nessa conjuntura, a exclusão de ilicitude em casos de violência doméstica trata das situações em que a mulher que é vítima de agressões, usa de meios de defesa para proteger sua vida ou mesmo sua integridade.

No âmbito do direito penal, a ilicitude de uma conduta pode ser excluída quando ocorre em contextos legalmente justificados, como a legítima defesa e o estado de necessidade, nesse ponto, a legítima defesa, conforme o art. 25 do Código Penal, ocorre quando há uma agressão que seja injusta e atual, e a reação da vítima é necessária para proteger seu direito ou ainda a sua vida.

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Brasil, 1940)

Assim, nos casos de violência doméstica, a mulher pode agir em legítima defesa para salvar sua vida ou evitar lesões.

Além disso, o estado de necessidade, previsto no art. 24 do Código Penal, pode ser invocado quando a mulher, diante de uma agressão que seja iminente, pratica um ato ilícito para evitar um mal maior:

Estado de necessidade

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (Brasil, 1940)

3 Nos últimos onze anos (2013-2023), 47.463 mulheres foram assassinadas no Brasil, conforme registros do sistema de saúde. Somente em 2023, os registros apontam para 3.903 mulheres vítimas de homicídio, o que equivale a uma taxa de 3,5 mulheres por grupo de 100 mil habitantes do sexo feminino. Apesar da tendência de queda geral nos homicídios (incluindo vítimas do sexo feminino e masculino) ao longo dos últimos onze anos, quando olhamos para o comportamento das taxas ao longo dos anos, é possível observar que a redução foi mais expressiva na população em geral do que entre as mulheres - ainda que, em números absolutos, tradicionalmente os homens sejam os principais envolvidos em crimes letais intencionais.

A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) reforça a proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, por meio de mecanismos como medidas protetivas de urgência, contribuindo para a aplicação das excludentes de ilicitude, em especial a legítima defesa e o estado de necessidade, nos casos em que a vítima reage à agressão sofrida. Diante do alto índice de violência doméstica no Brasil, compreender a aplicação dessas excludentes no âmbito penal é essencial para assegurar que a resposta da mulher vítima de agressão seja juridicamente reconhecida.

Adita-se, que tanto o estado de necessidade como a legítima defesa são causa de excludente de ilicitude, dessa forma, pela quebra da ilicitude, fundamento basilar para o poder de punir do Estado, que deve consistir na penalização de um ato típico, ilícito e culpável, tem-se a impossibilidade do exercício do Jus Puniendi estatal, não sendo cabível qualquer responsabilização de uma mulher que haja nos termos aqui explanados,

Esta pesquisa, de abordagem quali-quantitativa, fundamenta-se na análise legislativa, doutrinária e estatística, propondo uma reflexão crítica sobre a atuação do Direito Penal na proteção da mulher em contextos de risco.

Diante do agravamento da violência doméstica no Brasil, este estudo tem como objetivo geral analisar a aplicação das excludentes de ilicitude, especialmente a legítima defesa e o estado de necessidade, em casos envolvendo mulheres vítimas de agressões no âmbito doméstico.

Como objetivos específicos, propõe-se:

- Compreender os fundamentos legais e doutrinários das excludentes de ilicitude no contexto da violência doméstica;
- Refletir sobre os desafios enfrentados pelo sistema jurídico na efetiva proteção da mulher que reage à violência sofrida.

2. METODOLOGIA

O presente artigo adota uma abordagem quali-quantitativa, buscando articular a análise empírica dos dados com a interpretação jurídica e doutrinária. A pesquisa de natureza qualitativa se fundamenta na análise teórica de dispositivos legais, decisões judiciais, doutrinas e princípios constitucionais relacionados à violência doméstica e às excludentes de ilicitude, especialmente a legítima defesa e o estado de necessidade.

No aspecto quantitativo, foram utilizados dados estatísticos oficiais extraídos do Atlas da Violência (IPEA, 2025) e de relatórios emitidos pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Esses dados permitiram compreender a dimensão e a frequência da violência doméstica no Brasil, especialmente no que se refere à vitimização de mulheres em ambiente doméstico e familiar.

A pesquisa é exploratória e bibliográfica, com levantamento de fontes no ordenamento jurídico brasileiro, como a Constituição Federal de 1988, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) e a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), bem como em obras doutrinárias de autores como Guilherme de Souza Nucci, André Estefam, entre outros.

Complementarmente, realizou-se a análise de decisões judiciais e súmulas, como a Súmula 600 do Superior Tribunal de Justiça, que trata da coabitação para caracterização da violência doméstica. A análise crítica desses materiais visa compreender a aplicação prática das excludentes de ilicitude no contexto da violência doméstica, considerando aspectos legais, sociais e institucionais.

Essa metodologia permite compreender não apenas a letra da lei, mas também a sua eficácia no enfrentamento da violência contra a mulher, bem como identificar barreiras jurídicas e sociais à efetiva proteção das vítimas, propondo reflexões sobre o papel do direito penal nesse cenário.

3. CONCEITOS E APLICAÇÕES DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

O estado de necessidade, conforme o artigo 24 do Código Penal, ocorre quando alguém pratica um ato ilícito para salvar um direito próprio ou de outrem, diante de um perigo atual e inevitável, o qual não foi provocado pela sua vontade.

Nesse contexto, para que se configure o estado de necessidade, é indispensável que o perigo seja real e imediato, ameaçando um bem legítimo, e que a ação adotada seja a única solução viável para evitar um mal maior. Além disso, a conduta deve ser proporcional ao risco enfrentado. Esse cenário pode ser observado em Nucci (2024), que afirma: “É o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível (art. 24, CP).”

Nucci também discorre que o estado de necessidade ocorre quando alguém age para salvar um direito próprio ou de outrem de um perigo atual e inevitável, não tendo outra opção:

Diz o CP no art. 24: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

A situação de necessidade pressupõe, antes de tudo, a existência de um perigo (atual) que ponha em conflito dois ou mais interesses legítimos, que, pelas circunstâncias, não podem ser todos salvos (na legítima defesa, como se verá adiante, só existe um interesse legítimo). Um deles, pelo menos, terá de perecer em favor dos demais. O exemplo característico é o da “tábua de salvação”: após um naufrágio, duas pessoas se veem obrigadas a dividir uma mesma tábua, que somente suporta o peso de uma delas. Nesse contexto, o direito autoriza um deles a matar o outro, se isso for preciso para salvar sua própria vida. (Nucci, 2024)

Por outro lado, a legítima defesa, prevista no artigo 25 do mesmo Código, autoriza a reação a uma agressão injusta, atual ou iminente, para proteger direitos próprios ou de terceiros, utilizando os meios necessários. Ademais, para que se configure a legítima defesa, é essencial que a agressão seja injusta e atual. A resposta deve ser proporcional ao ataque.

Embora a legítima defesa e o estado de necessidade sejam institutos distintos, ambos têm em comum o caráter de justificar a prática de um ato ilícito em situações de risco. A principal diferença está na natureza do risco: na legítima defesa, o agressor é injusto, enquanto no estado de necessidade, ambas as partes podem ter interesses legítimos.

No que tange à antijuridicidade ou ilicitude, é amplamente aceito nas diversas teorias do crime, de causalistas a funcionalistas, com exceção da teoria dos elementos negativos do tipo, que a inclui no tipo-total de injusto. Nessa perspectiva, o crime é visto como um fato típico, que já abrange a ilicitude, e culpável.

A antijuridicidade formal refere-se à contrariedade de uma conduta em relação à norma jurídica, ou seja, à violação de uma regra prevista. Essa visão é limitada ao aspecto externo do ato, considerando apenas se ele contraria uma proibição legal. Contudo, ao observar o mundo real e a prática, essa abordagem não se faz suficiente, pois o tipo penal incriminador contém, de maneira implícita, uma norma proibitiva. Assim, a antijuridicidade formal avalia apenas a adequação ou inadequação da conduta ao texto legal, sem levar em consideração se, na realidade, houve, de fato, uma violação no que tange os bens jurídicos que são tutelados.

Por essa razão, o conceito de antijuridicidade é ampliado para abarcar também sua relação com toda legislação, o que lhe concede um caráter material. Assim, sob esse prisma, a antijuridicidade material analisa a viabilidade de lesão ou risco a um bem jurídico tutelado.

Nesse contexto, em casos de violência doméstica, a exclusão de ilicitude, por meio do estado de necessidade ou legítima defesa, permite que a mulher aja para proteger sua integridade diante de um perigo iminente ou agressão injusta. A análise da antijuridicidade ajuda a distinguir essas ações justificadas de condutas ilícitas, garantindo que mulheres não sejam penalizadas por defenderem seus direitos em situações de risco.

3.1. A ALARMANTE SITUAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

É importante saber que a Lei Maria da Penha foi criada para combater e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas de proteção, assistência e a criação dos Juizados especializados, conforme se pode observar em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (Brasil, 2006)

Ademais, tem-se que A violência doméstica é definida como agressão contra a mulher em ambientes que sejam domésticos, familiares ou de intimidade, com o objetivo

de retirar seus direitos e explorar sua hipossuficiência. O fenômeno pode ser melhor compreendido por meio do ciclo da violência descrito por Lenore E. Walker (1979), composto por três fases — aumento da tensão, agressão e lua de mel — dinâmica que explica por que muitas vítimas permanecem na relação e por que reações defensivas podem ocorrer mesmo fora do momento exato da agressão. Embora alguns defendam a exigência de habitualidade para caracterizar a violência, esse pensamento, segundo Nucci, não vai de encontro a legislação, que tipifica qualquer ação ou omissão como violência doméstica:

Apesar de alguns preconizarem a necessidade da habitualidade, não nos parece correto, considerando não somente o espírito dos tratados, mas do próprio legislador pátrio ao tipificar como violência doméstica “qualquer ação ou omissão”; aliás, exigir habitualidade é admitir que o Estado deva tolerar, antes de agir, uma agressão. (Nucci, 2024).

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) define violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause danos físicos, sexuais, psicológicos, morais ou patrimoniais, protegendo a mulher em três contextos: na unidade doméstica, na família e em relações íntimas de afeto, sendo irrelevante a coabitação entre agressor e vítima. Além disso, a legislação assegura a proteção de mulheres em relações homoafetivas, sem qualquer distinção de orientação sexual.

Segundo Lenore E. Walker (1979), a violência doméstica se estrutura em um ciclo composto por tensão, agressão e reconciliação, o que ajuda a compreender por que muitas vítimas permanecem na relação e por que reações defensivas podem ocorrer mesmo fora do momento exato da agressão.

No âmbito familiar, a violência abrange atos entre pessoas unidas por vínculo de parentesco, afinidade ou vontade expressa, como no caso da adoção. Soma-se que é importante destacar que a Lei Maria da Penha não exige coabitação para que a violência seja configurada, conforme explicitado na Súmula 600 do STJ: “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.”.

Portanto, a lei visa garantir a proteção das mulheres contra qualquer forma de violência, reconhecendo-a como uma grave violação dos direitos humanos, como pode ser observado em seu art. 5º:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Segundo Nucci, entende-se também que existe a agressão na unidade doméstica, essa que pode comportar ou não um vínculo familiar, não sendo ele obrigatório:

Agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da funcionária doméstica).

Adita-se, que é relevante compreender que a violência doméstica se relaciona intimamente com o princípio da dignidade humana, maculando-o de forma considerável, posto que a violência, em suas diversas formas, fere profundamente a dignidade da mulher, comprometendo seu direito à integridade física, psicológica e moral.

A Lei Maria da Penha reflete esse princípio ao estabelecer medidas protetivas para garantir que a mulher tenha seus direitos respeitados e preservados. A violência doméstica, ao submeter a mulher a condições de subordinação, medo e sofrimento, não apenas viola seus direitos fundamentais, mas também impede o pleno exercício de sua dignidade, tornando imprescindível a intervenção do Estado para assegurar sua proteção e valorização como sujeito de direitos. Todo esse contexto está materializado no art. 1º da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Brasil, 1988)

Adiciona-se que o artigo 7º da Lei Maria da Penha define diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, abordando a gravidade e as múltiplas dimensões desse abuso. Essas formas abarcam, além da violência física, a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral, todas com o objetivo de controlar, humilhar, prejudicar e desrespeitar os direitos que são da mulher.

Assim, essas agressões afetam não apenas a integridade física da vítima, mas também seu bem-estar emocional, suas relações sociais e sua autonomia, evidenciando a complexidade e a abrangência do problema:

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 auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (Brasil, 2006)

Nesse cenário, tem-se a violência psicológica, que muitas vezes é tolerada e perpetuada, especialmente por, em regra, não deixar marcas físicas, sendo mais discreta, porém muito debilitante.

Nesse ponto, a violência psicológica, embora invisível, tem um impacto profundo na autoestima e na saúde mental da vítima, prejudicando sua capacidade de tomar decisões e se desenvolver ou viver plenamente. Ela causa danos duradouros, afetando o bem-estar emocional e a autodeterminação da mulher. Por ser difícil de identificar e denunciar, é essencial um apoio às vítimas para que possam recuperar sua autonomia e reconstruir suas vidas, como se observa através do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

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; (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2021)

Em 2023, a violência doméstica foi responsável pela maior parte dos casos de violência contra mulheres no Brasil, com 177.086 ocorrências, o que representa 64,3% do total. Esse dado revela a gravidade do problema dentro do ambiente doméstico, onde a mulher é mais vulnerável, e a necessidade urgente de políticas públicas de prevenção e apoio às vítimas. Como se observa na tabela do Atlas da Violência abaixo:

Brasil: Número e percentual de mulheres vítimas de violência por grupo de violência (2023)

Grupo de violência	N	%
Doméstica	177.086	64,3
Comunitária	59.611	21,7
Misto	34.653	12,6
Institucional	3.925	1,4
Total	275.275	100%

Fonte: Sinan/MS. Elaboração: Diest/Ipea e FBSP. Nota: Microdados do Sinan referentes a 2023 são preliminares e foram coletados em fevereiro de 2025.

Fonte: Atlas da Violência, 2025.

Soma-se que há mais dados alarmantes sobre a violência doméstica e intrafamiliar contra mulheres no Brasil em 2023 a serem observados, evidenciando a profundidade desse grave problema social.

Nessa conjuntura, a violência física se destaca como a forma mais presente, atingindo 64.532 mulheres (37,4%), um reflexo cruel da agressão direta à integridade física das vítimas, ocasionando lesões corporais consideráveis, situação essa que muitas vezes é perpetrada dentro da própria casa.

A violência múltipla, que engloba diversos tipos de abusos, somou 52.326 casos (30,3%), revelando a realidade devastadora de mulheres que sofrem diversas formas de agressão simultaneamente, comprometendo sua dignidade e saúde em várias dimensões.

A violência psicológica, supracitada, atingiu 17.501 registros (10,1%), chegando a um aspecto íntimo e profundo da vítima, deixando marcas invisíveis, mas igualmente devastadoras, que comprometem sua autoestima e seu bem-estar emocional.

A violência sexual, embora menos representada numericamente (16.460 casos, 9,5%), evidencia uma violação extrema da intimidade e autonomia da mulher, não sendo casos de estupro raros nesses casos, situação que ocorre até mesmo dentro do casamento.

Enquanto a negligência, com 20.746 registros (12,0%), reflete a omissão cruel de cuidados essenciais, que agrava ainda mais o sofrimento das vítimas. Esses números não devem ser vistos apenas como estatísticas, mas como testemunhos de uma realidade que exige urgência e compromisso coletivo para erradicar esse ciclo, proporcionando um futuro mais justo e seguro para as mulheres que se encontram ou poderiam se encontrar nesse cenário.

Brasil: Número e percentual de mulheres vítimas de violência doméstica e intrafamiliar por tipo de violência (2022-2023)

Tipo de Violência	2022	%	2023	%
Múltipla	43.563	31,1	52.326	30,3
Negligência	16.730	11,9	20.746	12,0
Outro	1.036	0,7	1.051	0,6
Física	51.407	36,7	64.532	37,4
Psicológica	15.041	10,7	17.501	10,1
Sexual	12.477	8,9	16.460	9,5
Total	140.254	100,0	172.616	100,0

Fonte: Sinan/MS. Elaboração: Diest/Ipea e FBSP. Nota: Microdados do Sinan referentes a 2023 são preliminares e foram coletados em fevereiro de 2025.

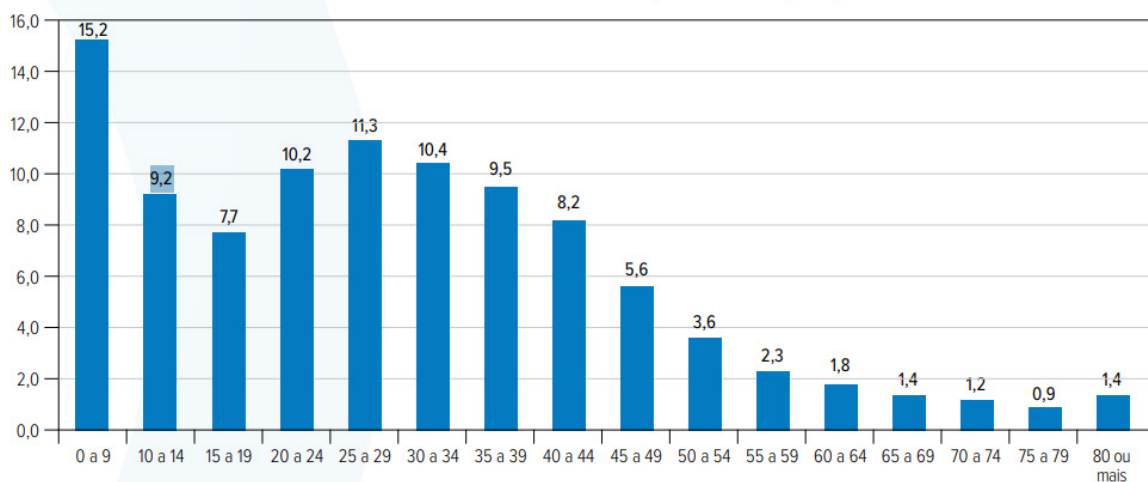
Nota: A diferença entre o total de casos de violência doméstica registrados entre os grupos de violência da tabela 5.7 e o aqui apresentado decorre de campos não preenchidos quanto a especificação do tipo de violência sofrida pelas vítimas do sexo feminino em contextos de violência doméstica.

Fonte: Atlas da Violência, 2025.

Ademais, tem-se a idade que mais sofre com esse mal, os dados evidenciam que, tragicamente, a violência atinge profundamente as mais jovens, com 15,2% dos casos ocorrendo entre as crianças de 0 a 9 anos, e 9,2% entre adolescentes de 10 a 14 anos. Estes números alarmantes sugerem um ciclo de violência que muitas vezes se inicia na infância e perdura ao longo da vida, sendo uma dor constante na vida de muitas mulheres.

À medida que a faixa etária aumenta, a incidência diminui, mas mesmo entre mulheres mais idosas, como as de 80 anos ou mais (1,4%), a violência doméstica permanece uma triste realidade. Logo, reforça-se a necessidade do fomento de políticas públicas que protejam mulheres em todas as fases da vida, com atenção especial às crianças e adolescentes, cujos direitos fundamentais de proteção e dignidade são muitas vezes negados:

Percentual de mulheres vítimas de violência doméstica e intrafamiliar por faixa etária (2023)



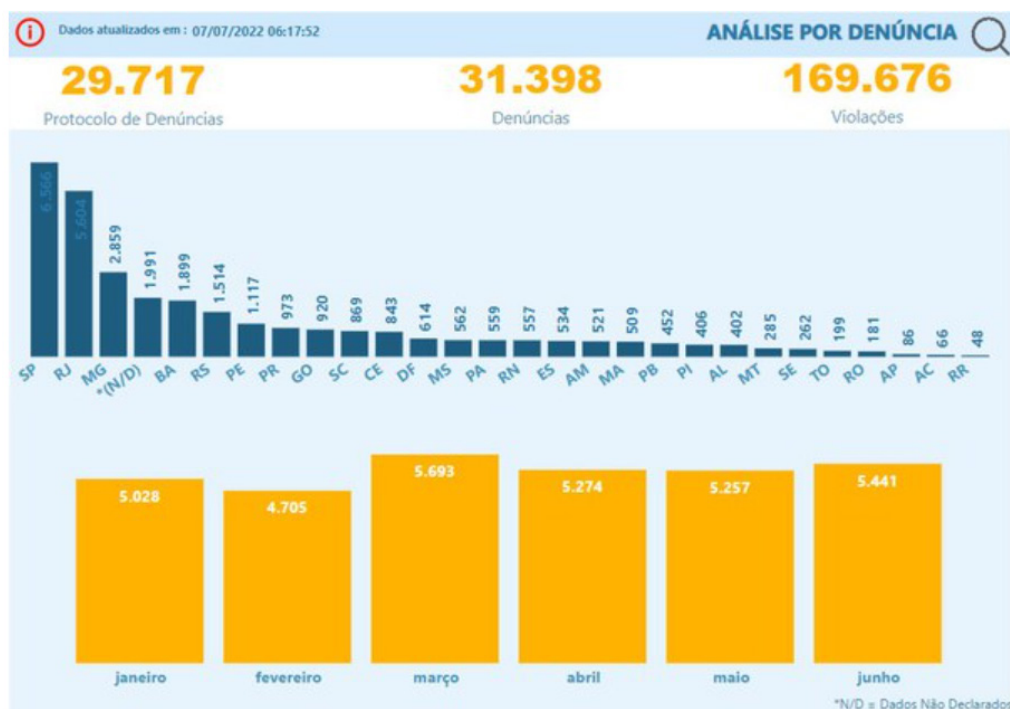
Fonte: Sinan/MS. Elaboração: Diest/Ipea e FBSP. Nota: Microdados do Sinan referentes a 2023 são preliminares e foram coletados em fevereiro de 2025.

Fonte: Atlas da Violência, 2025.

A violência doméstica, infelizmente, afeta mulheres de todas as idades, com um impacto devastador, especialmente nas mais jovens. Muitas vezes, esse ciclo de sofrimento começa na infância e continua durante a adolescência, roubando a inocência e os direitos fundamentais de muitas meninas e mulheres. É um ponto doloroso perceber que, enquanto o tempo avança, a violência continua, mesmo entre as mais velhas, desafiando a ideia de que ela é um problema exclusivo das gerações mais jovens. Isso evidencia uma realidade alarmante que não escolhe faixas etárias, mas que exige, urgentemente, uma ação contínua

e eficaz para proteger todas as mulheres, em todas as fases da vida. O sofrimento vivido por essas vítimas é um grito de alerta para que a sociedade, em conjunto com as autoridades, promova políticas públicas que realmente assegurem a proteção e a dignidade das mulheres, onde quer que estejam.

Soma-se ainda que, de acordo com o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, o Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022, nesse cenário, somente no primeiro semestre de 2022, foram registradas 31.398 denúncias e 169.676 violações, sendo que cada denúncia pode envolver múltiplas violências:



Fonte: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2022.

É uma triste realidade constatar que, em meio a um cenário de crescente violência, mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra mulheres foram registradas no Brasil até julho de 2022. Esses números, que por si só são alarmantes, revelam uma realidade ainda mais sombria, já que cada denúncia pode representar múltiplas violações, amplificando o sofrimento das vítimas. A magnitude dos dados é um reflexo de um sistema de violência enraizado que persiste e se agrava ao longo do tempo, afetando milhares de mulheres em todo o país. Esses números não são apenas estatísticas, mas refletem vidas marcadas por dor, medo e desespero, clamando por uma resposta mais contundente da sociedade e das autoridades no combate a essa tragédia.

A violência doméstica, em suas várias formas, seja física, psicológica, sexual, moral ou patrimonial, é uma realidade alarmante que atinge várias mulheres no Brasil. Quando uma mulher é vítima desse tipo de violência, ela se vê em uma situação de vulnerabilidade extrema, e muitas vezes, suas reações a essa violência podem envolver questões legais complexas. É aí que entram as excludentes de ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade, que podem ser aplicadas em certos casos de violência doméstica.

A legítima defesa é uma das excludentes de ilicitude mais conhecidas e ocorre quando uma pessoa reage a uma agressão iminente, utilizando os meios necessários para se proteger. No contexto da violência doméstica, muitas mulheres enfrentam agressões contínuas por parte de seus parceiros ou familiares. Em situações de violência física, por exemplo, a mulher pode sentir que sua vida está em risco e reagir para se proteger. Nesse caso, se ela ferir o agressor para cessar a agressão, sua reação pode ser considerada legítima defesa, uma vez que agiu para preservar sua integridade física, diante de uma ameaça iminente.

Além da legítima defesa, o estado de necessidade também pode ser aplicado em casos de violência doméstica. Esse conceito permite que uma pessoa, no caso a mulher, cometa uma ação normalmente considerada ilícita para evitar um mal maior, ou seja, quando uma mulher, ao se ver em uma situação de violência extrema, reage de maneira agressiva ou até ilegal, ela pode estar agindo para evitar um dano ainda maior, como lesões graves ou até a sua própria morte. Dessa forma, se a mulher se vê obrigada a agir para salvar sua vida ou a de seus filhos, por exemplo, o estado de necessidade pode ser reconhecido como uma excludente de ilicitude, permitindo que sua ação seja considerada justificável.

É importante compreender que, no caso da violência doméstica, o reconhecimento dessas excludentes de ilicitude evidencia a necessidade de tratar a violência doméstica de forma sensível e atenta ao contexto, sem culpabilizar a vítima pela violência sofrida.

Portanto, ao analisar casos de violência doméstica, é essencial que o sistema de justiça leve em consideração a realidade da vítima e o contexto de abuso. A aplicação das excludentes de ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade, deve ser realizada com base no reconhecimento da mulher como vítima, e não como responsável pela violência. Isso reforça a importância de um tratamento jurídico que busque não só proteger os direitos das mulheres, mas também entender a dinâmica do abuso e as razões que podem levar uma mulher a reagir da forma que reagiu. Dessa forma, podemos avançar para um sistema de justiça mais justo e sensível às particularidades da violência doméstica.

3.2. DESAFIOS NA APLICAÇÃO DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Embora a legítima defesa e o estado de necessidade estejam claramente previstos no Código Penal como causas de exclusão da ilicitude (arts. 24 e 25), sua aplicação em favor de mulheres vítimas de violência doméstica enfrenta diversos entraves na prática forense. Apesar da existência de normas protetivas, como a Lei nº 11.340/2006, persistem obstáculos jurídicos, culturais e institucionais que limitam a efetividade dessas garantias.

Um dos principais desafios está relacionado à interpretação restritiva dos requisitos da legítima defesa por parte de alguns julgadores, que, por vezes, desconsideram o ciclo de violência e o histórico de agressões sistemáticas sofridas pelas vítimas. Conforme aponta Saffioti (2004), o sistema penal brasileiro ainda opera com uma lógica patriarcal que tende a deslegitimar a narrativa feminina, exigindo provas imediatas, visíveis e docu-

mentadas, o que raramente é possível diante da natureza privada e contínua da violência doméstica.

O reconhecimento do estado de necessidade ainda é pouco explorado no Judiciário, mesmo quando a mulher se vê em situação de risco iminente e sem outra alternativa viável para preservar sua integridade física ou a de seus filhos. Segundo Nucci (2024), o estado de necessidade pressupõe a existência de perigo atual e inevitável, mas essa avaliação deve considerar o contexto social da vítima, sob pena de perpetuar a impunidade do agressor e criminalizar a reação legítima da mulher.

Além das barreiras técnicas e institucionais, há também desafios epistemológicos na forma como o sistema penal compreende e trata a violência doméstica. Como aponta Silvia Pimentel (2008), o Judiciário muitas vezes ignora o contexto relacional e histórico da violência de gênero, adotando uma ótica formalista e descontextualizada dos direitos humanos das mulheres. Esse distanciamento entre a norma e a realidade impacta diretamente a interpretação das excludentes, que frequentemente desconsidera as dinâmicas específicas da opressão doméstica.

Angela Davis (2020) também critica a seletividade penal e a ineficácia de um sistema carcerário que, ao invés de proteger, muitas vezes revitimiza mulheres negras e periféricas. Segundo ela, é necessário questionar se a estrutura punitiva atual é capaz de oferecer justiça real a essas mulheres, ou se acaba por reforçar desigualdades estruturais, ignorando as causas profundas da violência.

Outro aspecto relevante é o despreparo de operadores do Direito, que, muitas vezes, não recebem formação adequada sobre gênero, violência doméstica e direitos humanos. Conforme relatório da Human Rights Watch (2021), o Brasil ainda enfrenta um déficit institucional no atendimento e julgamento de casos envolvendo mulheres, o que contribui para decisões judiciais que ignoram a condição de vulnerabilidade da vítima e tratam sua reação como crime comum.

Além disso, a jurisprudência ainda apresenta posições divergentes quanto ao reconhecimento das excludentes de ilicitude em contextos domésticos, o que gera insegurança jurídica e dificulta a uniformização da proteção penal à mulher. Casos emblemáticos, como o de mulheres que mataram seus agressores após anos de violência física e psicológica, mostram que há decisões tanto de absolvição quanto de condenação, a depender da percepção subjetiva do julgador sobre a proporcionalidade da reação.

Dessa forma, embora as excludentes estejam previstas em lei, sua aplicação prática continua condicionada a fatores subjetivos, culturais e estruturais, o que compromete o acesso das mulheres à justiça e à proteção efetiva. É necessário, portanto, que o sistema de justiça criminal adote uma interpretação mais contextualizada e sensível às dinâmicas da violência de gênero, como forma de assegurar a coerência entre o direito formal e sua aplicação concreta.

3.3. A EFETIVIDADE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO À MULHER

A partir da análise dos fundamentos legais e dos desafios práticos de aplicação das excludentes de ilicitude em casos de violência doméstica, torna-se evidente que a efetividade desses mecanismos depende de uma interpretação ampliada e contextualizada do sistema jurídico. A legislação penal prevê instrumentos adequados para proteger a mulher em situação de vulnerabilidade, contudo, sua concretização depende da atuação sensível e técnica dos operadores do Direito, da existência de políticas públicas de apoio às vítimas e da superação de paradigmas culturais ainda enraizados no sistema de justiça criminal.

A legítima defesa e o estado de necessidade devem ser reconhecidos como respostas legítimas a contextos de opressão e risco contínuo, especialmente quando a mulher não encontra apoio institucional suficiente ou meios eficazes de proteção preventiva. Nesse sentido, a aplicação dessas excludentes precisa considerar não apenas o ato isolado da reação da vítima, mas todo o histórico de violência, medo, coerção e vulnerabilidade ao qual ela foi submetida.

Essa interpretação ampliada deve dialogar com o que Judith Butler (2004) denomina como a “performatividade do poder” nas relações de gênero, em que a mulher, socialmente condicionada a ocupar o lugar da fragilidade e da passividade, é julgada de forma mais severa quando rompe esse papel — mesmo que para proteger sua própria vida. Assim, quando uma mulher reage a um agressor, sua ação é frequentemente lida como desproporcional ou criminosa, em vez de legítima defesa.

Além disso, Débora Diniz (2017) argumenta que o conceito de “vítima ideal” — passiva, silenciosa, sem reação — ainda domina a cultura jurídica brasileira. Isso dificulta o reconhecimento da mulher que resiste, que denuncia ou que reage como alguém merecedora da proteção estatal, inclusive no campo das excludentes penais.

Como defendem Estefam (2024) e Gabriel (2022), o Direito Penal, embora limitado em sua capacidade transformadora, possui um importante papel simbólico e prático na proteção dos direitos fundamentais das mulheres. Quando aplicado com base em uma hermenêutica comprometida com a dignidade humana, ele pode atuar não apenas punindo agressores, mas também garantindo que vítimas não sejam revitimizadas ao responderem por atos praticados em legítima defesa de suas vidas.

Ademais a legítima defesa preordenada ganha respaldo em parte da doutrina penal como mecanismo de proteção para vítimas que enfrentam agressões previsíveis, especialmente no contexto de violência doméstica. Apesar de não estar expressamente prevista no Código Penal, alguns autores defendem sua aplicação por analogia, sustentando que a “agressão futura e certa” não descaracteriza o perigo, desde que estejam presentes a falta de alternativa institucional para a vítima e a impossibilidade de afastar-se efetivamente do agressor (Almeida, 2024; Santos et al., 2022).

No caso concreto de ciclos reiterados de violência, a doutrina enfatiza a relevância do histórico de agressões para avaliar a proporcionalidade e a necessidade da reação

defensiva: a previsibilidade do ataque não elimina a atualidade do perigo quando a vítima está inserida em uma dinâmica de violência contínua. Assim, a legítima defesa preordenada pode ser considerada uma excludente de culpabilidade, pois a vítima, ao planejar sua reação, age em função de uma ameaça real e constante, sem alternativas seguras de proteção pelo Estado (Santana Júnior & Gadelha Júnior, 2006; Cardoso, 2020).

Assim, o reconhecimento das excludentes de ilicitude como instrumentos eficazes de proteção passa por um reposicionamento interpretativo do Judiciário, bem como por um fortalecimento das redes de apoio social e institucional. A abordagem penal isolada não é suficiente para romper o ciclo da violência, mas sua aplicação justa e contextualizada pode representar uma resposta de justiça e cidadania, alinhada ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

4. CONCLUSÃO

Diante da análise desenvolvida, constata-se que a compreensão da violência doméstica no Brasil exige uma abordagem que vá além do diagnóstico estatístico do problema, incorporando também uma perspectiva jurídica crítica sobre os mecanismos de proteção disponíveis às vítimas. O estudo evidenciou que a violência doméstica não se restringe à agressão física, mas assume múltiplas formas — psicológica, sexual, patrimonial e moral — que impactam profundamente a dignidade, a saúde e a integridade da mulher. Essas violências, muitas vezes silenciosas e naturalizadas, produzem efeitos devastadores e de longa duração na vida das vítimas.

A partir do enfoque penal, o estudo evidencia que as excludentes de ilicitude — previstas no art. 24 do Código Penal (estado de necessidade) e no art. 25 (legítima defesa) —, embora aplicáveis a qualquer indivíduo, adquirem contornos particulares quando relacionadas à violência doméstica. Nessas situações, é imprescindível uma interpretação que considere o contexto de agressões reiteradas e a dinâmica do ciclo da violência, de modo a evitar que mulheres vítimas sejam indevidamente criminalizadas por atos de autodefesa. Contudo, apesar da previsão legal, a aplicação prática dessas excludentes ainda encontra obstáculos significativos, seja pela resistência cultural de operadores do direito em reconhecer a complexidade dessas relações, seja pela insuficiente formação técnica sobre as especificidades da violência de gênero.

Os dados apresentados, reforçam a urgência de políticas públicas eficazes, bem como de um sistema de justiça sensível às particularidades das vítimas. A dificuldade em denunciar, motivada por medo, dependência emocional ou econômica, e a revitimização no processo judicial demonstram que o ordenamento jurídico, por si só, é insuficiente se não estiver aliado a um compromisso ético e institucional com a equidade de gênero.

Nesse sentido, autoras como Silvia Pimentel alertam para a necessidade de uma hermenêutica jurídica que considere o histórico de violência e os contextos estruturais de desigualdade. Débora Diniz critica o ideal da “vítima perfeita” — aquela passiva, silenciosa e submissa — que ainda é exigida culturalmente para o reconhecimento da legitimidade da defesa feminina. Ao agir para salvar sua vida, a mulher rompe com esse estereótipo, e por

isso é, muitas vezes, criminalizada. Judith Butler, ao discutir as normas de gênero, evidencia como a reação da mulher à violência transgride o papel socialmente esperado, sendo vista como uma ameaça à ordem simbólica do poder masculino. Da mesma forma, Angela Davis convida à reflexão sobre a seletividade penal e os riscos de um sistema que, sob o pretexto de justiça, reforça desigualdades raciais e sociais, especialmente contra mulheres negras e pobres.

Portanto, o combate à violência doméstica demanda a articulação de diversas esferas — jurídica, social, educacional e institucional — para que as normas de proteção transcendam o papel simbólico e se tornem efetivamente acessíveis. A atuação do poder público, das instituições de justiça e da sociedade civil deve convergir para garantir que a mulher, ao reagir para preservar sua vida ou integridade, não seja criminalizada, mas reconhecida em sua condição de vítima que age em legítima defesa. Apenas com esse comprometimento coletivo será possível assegurar o pleno exercício da cidadania, a proteção dos direitos fundamentais e a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Jéssica Silva de. **A legítima defesa antecipada utilizada como tese de defesa em casos de crimes praticados por vítimas de violência doméstica**. TCC, Campo Real, 2024. Disponível em: <https://repositorio.camporeal.edu.br/index.php/dir/article/view/336>. Acesso em: 18 nov. 2025.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência contra as mulheres no contexto de violência doméstica ou familiar**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>. Acesso em: 23 nov. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 600**. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_600_2017_Terceira_Secao.pdf. Acesso em: 23 nov. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Tipos de violência na Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nucleo-judiciario-da-mulher/o-nucleo-judiciario-da-mulher/tipos-de-violencia-na-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 15 jun. 2025.
- BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- CARDOSO, R. Legítima defesa preordenada e ciclos de violência doméstica: análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Estudos Jurídicos**, 2020.

- CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de; et al. **Atlas da Violência 2025**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea; Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, 2025. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5999-atlasdaviolencia2025.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2025.
- DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2020.
- DINIZ, Débora. **Cadeia: Relatos sobre Mulheres**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2024.
- GABRIEL, Samuel. **A relação entre a legítima defesa e a violência doméstica**. Redalyc, 2022. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4815/481554853020.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2024.
- HUMAN RIGHTS WATCH. **Você não merece viver assim: violência doméstica e respostas do Estado no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2021/06/30/voce-nao-merece-viver-assim/violencia-domestica-e-respostas-do-estado-no>. Acesso em: 15 jun. 2025.
- IPEA. **Atlas da Violência 2024**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/7868-atlas-violencia-2024-v11.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2024.
- JUS PODIVM. **Degustação - Juspodivm (Material complementar)**. 2024. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/media/juspodivm_material/material/file/JUS2538-Degustacao.pdf. Acesso em: 23 nov. 2024.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2024.
- PIMENTEL, Silvia. **Violência contra a mulher: A experiência da Lei Maria da Penha no Estado de São Paulo**. São Paulo: Cortez, 2008.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SANTANA JÚNIOR, Francisco das Chagas; GADELHA JÚNIOR, Francisco das Chagas. “A legítima defesa antecipada.” **Direito e Liberdade**, v. 3, n. 2, p. 351–368, set. 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/entities/publication/d2b101b5-3f5f-4781-a6bc-65e90baaeb72>.
- SANTOS, Andrei Sebold; BIDÁ, Bráulio Penha; FREITAS, Cláudia Cristina; CURY, Letícia Vivianne Miranda. A constitucionalidade da legítima defesa antecipada nos casos de violência doméstica da acusada feminina. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, n. 000222, 10 maio 2022. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/constitucionalidade-da-legitima-defesa-antecipada-nos-casos-de-violencia-domestica-da-0>.
- WALKER, Lenore E. **The Battered Woman Syndrome**. 4. ed. New York: Springer Publishing Company, 2017.

JOGO DURO CONSTITUCIONAL: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA E UMA DISCUSSÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA À LUZ DO CONCEITO

CONSTITUTIONAL HARDBALL: A SYSTEMATIC LITERATURE REVIEW AND A DISCUSSION OF BRAZILIAN POLITICS IN LIGHT OF THE CONCEPT

Douglas Sousa¹
Evelyn Apolinaria²

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apresentar uma revisão de escopo da literatura sobre jogo duro constitucional e analisar o conceito à luz de cenário político no Brasil pós-2016. Para atingir esse objetivo, mapeamos as produções sobre o tema no contexto norte-americano, por meio de palavras-chave em repositórios da Web of Science e do Scopus, bem como mapeamos por meio de pesquisa bibliográfica o que a literatura discute sobre eventos do Brasil democrático até os dias atuais. Os resultados apontam para uma literatura em expansão que necessita de esforços teóricos para delimitar os conceitos que envolvem o jogo duro constitucional. Além disso, é visto com potencial para uma agenda futura o avanço em estudos de caso sobre eventos da história não apenas do Brasil, mas de toda a América Latina, que possam ser melhor debatidos por meio da lente do jogo duro constitucional. Aqui, também buscamos aproximar os conceitos de jogo duro constitucional e tolerância mútua para diagnosticar o estado atual da política brasileira a partir do ponto que consideramos de inflexão: o impeachment de Dilma Rousseff. A trajetória recente da política brasileira evidencia uma crescente deterioração da tolerância mútua e da reserva institucional, consolidando o uso recorrente do jogo duro constitucional como prática normalizada no enfrentamento entre adversários políticos.

Palavras-Chave: Jogo Duro Constitucional; *Beanball*; Constitucionalismo Abusivo; Revisão De Escopo.

ABSTRACT: The objective of this paper is to present a scoping review of the literature on constitutional hardball and analyze the concept in light of the political scenario in Brazil post 2016. To achieve this objective, we mapped the publications on the topic in the US context, using keywords in the Web of Science and Scopus repositories, and we also mapped, through bibliographic research, what the literature discusses about events in democratic Brazil to the present day. The results point to an expanding literature that requires theoretical efforts to delimit the concepts involved in constitutional hardball. In addition, we see potential for a future agenda in advancing case studies on events in the history not only of Brazil but of all of Latin America, which can be better debated through the lens of constitutional hardball. Here, we also seek to bring together the concepts of constitutional hardball and mutual tolerance to diagnose the current state of Brazilian politics from what we consider to be a turning point: the impeachment of Dilma Rousseff. The recent trajectory of Brazilian politics shows a growing deterioration of mutual tolerance and institutional reserve, consolidating the recurrent use of constitutional hardball as a normalized practice in the confrontation between political adversaries.

Keywords: Constitutional Hardball; *Beanball*; Abusive Constitutionalism; Scope Review.

1 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Estagiário na INFRAERO. E-mail para contato: douglas281198@gmail.com.

2 Doutoranda, mestra e graduada em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Atualmente é gerente de estudos e pesquisas quantitativas do Instituto de Pesquisa e Estatística do Distrito Federal e docente de nível superior do departamento de Ciência Política da Faculdade Republicana. É coordenadora do Grupo de Trabalho em Dados do Observatório do Congresso (UnB). Integra o Laboratório de Pesquisa em Comportamento Político, Instituições e Políticas Públicas (Lapcipp/IPOL/UnB). E-mail para contato: apolinariaevelyn@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma revisão de escopo da literatura sobre jogo duro constitucional e analisar o conceito à luz da política brasileira. O conceito foi elaborado por Mark Tushnet³ e gerou um debate posterior principalmente nos trabalhos de Balkin⁴, Levitsky e Ziblatt⁵, Bernstein⁶ e Fishkin e Pozen⁷. Trata-se, em linhas gerais, de um conjunto de práticas políticas, por vezes legislativas, por vezes executivas, que permanecem formalmente dentro dos limites da ordem constitucional vigente, mas tensionam acordos e entendimentos políticos informais anteriores.

Nas últimas décadas, a produção acadêmica sobre o termo *Constitutional Hardball*, ou, o jogo duro constitucional, principalmente no contexto norte-americano, tem contribuído para as discussões mais amplas sobre retrocesso democrático. Embora alguns estudos tenham começado a explorar essas ideias em relação ao Brasil, com foco principalmente no impeachment de Dilma Rousseff, uma análise da literatura ainda é necessária para compreender como os debates e a delimitação dos conceitos estão sendo construídos. Ainda, para entender as dinâmicas fora do contexto americano, é importante empreender esforços que conectam o tema com o cenário político do Brasil. Desse modo, este trabalho possui duas perguntas centrais: qual o estado da arte do conceito de jogo duro constitucional? E como o conceito de jogo duro constitucional ajuda a pensar a história política do Brasil contemporâneo?

Dessa forma, o objetivo geral se desdobra em dois específicos: i) a realização de uma revisão de escopo sobre o estado da arte da literatura, e ii) a realização de uma pesquisa bibliográfica para uma discussão do estado da política brasileira atual sob a ótica do conceito. Sustentamos o argumento de que o jogo duro constitucional, no Brasil, está se tornando o novo normal, sendo impulsionado principalmente por parcela da elite política que está disposta a partir para o tudo ou nada sempre que se vê em desvantagem.

O artigo está dividido da seguinte maneira: na próxima seção, detalhamos a metodologia empregada na revisão de escopo. Em seguida, apresentamos o resultado dessa busca e enquadraremos o estado da arte do debate teórico sobre o jogo duro constitucional. Trazemos os elementos da pesquisa documental e bibliográfica que dialogam com a aplicação do conceito na realidade política do Brasil. Por fim, a última seção, de conclusão, apresenta as tendências e possíveis agendas de pesquisa para orientar investigações empíricas que desejam aplicar o conceito em abordagens metodológicas diversas.

3 TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Washington D.C., n. 555, p. 523-553, 2004.

4 BALKIN, Jack. *Constitutional Hardball and Constitutional Crises*. **Quinnipiac Law Review**, Connecticut, v. 26, n. 158, p. 579-598, 2007.

5 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 272P.

6 BERNSTEIN, David. 2018. *Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much*, **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 8, 2018.

7 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. *Asymmetric Constitutional Hardball*. **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 3, 2018.

2. PROCEDIMENTOS PARA A ELABORAÇÃO DA REVISÃO SISTEMÁTICA

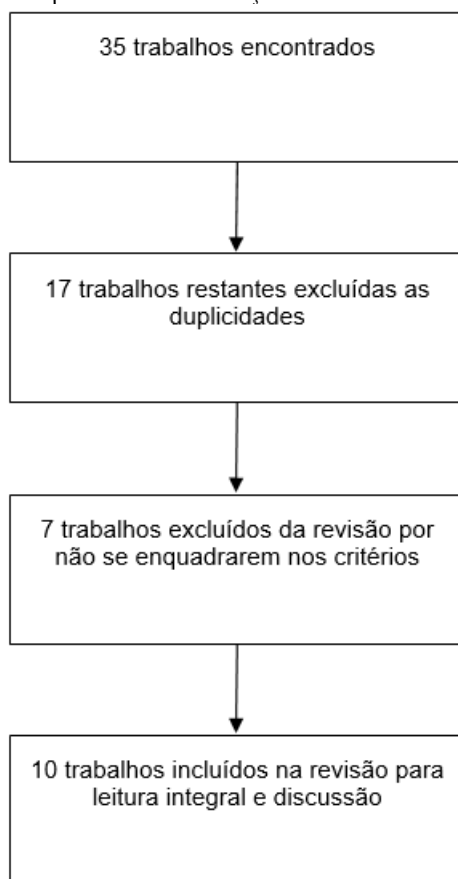
Para encontrar a literatura pertinente do assunto, adotamos uma revisão de escopo, que é uma síntese da literatura sobre um tema mais amplo para mapear a extensão e a natureza da pesquisa existente. O critério de inclusão e exclusão dos trabalhos se deu da seguinte maneira: priorizamos aquelas produções cujo objetivo é delimitar a conceituação de jogo duro constitucional e algumas de suas variações. Dessa forma, buscamos em quatro repositórios distintos, Web of Science, Scopus, Scielo e Google Scholar, os quais foram escolhidos, no caso dos dois primeiros, por serem os mais relevantes a nível global, e, no caso dos dois últimos, os maiores a nível regional na América Latina. Utilizamos as seguintes palavras-chave na busca: “constitutional hardball”, “constitutional beanball”, “mutual tolerance”, “institutional forbearance”, “jogo duro constitucional”, “tolerância mútua” e “reserva institucional”.

Para cumprir os critérios de inclusão ou exclusão, optamos pela leitura do título e do resumo dos textos. Caso fosse necessário, realizamos a leitura geral dos textos que poderiam ser incluídos. Os estudos selecionados foram lidos integralmente. Na próxima seção, elencamos os resultados encontrados e, em seguida, detalhamos os debates teóricos do assunto.

2.1 RESULTADOS DA REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA

Ao todo, foram encontrados 25 trabalhos nas bases da Web of Science e da Scopus de forma conjunta. Na base da Scielo, não foram encontrados resultados. Especificamente no caso do Google Scholar, foram encontrados 10 trabalhos, embora os resultados para as palavras-chave delimitadas tenham sido na casa dos milhares. A escolha dos 10 trabalhos se deu por dois critérios: filtro de relevância da própria plataforma e seleção de trabalhos que se propõem a discutir os conceitos de forma teórica, e não empírica. Dentre esses 35 trabalhos totais, excluídas as duplicidades ocorridas nas buscas, restaram 17 trabalhos ao todo. Destes, apenas 7 não foram incluídos na leitura integral e revisão, pois se tratavam da aplicação do conceito em casos específicos, ou seja, não diretamente da discussão teórica de jogo duro constitucional, embora 3 tenham sido considerados na discussão da aplicação do conceito no Brasil por tratarem do constitucionalismo abusivo para o caso brasileiro, em uma tentativa de adaptação transcultural do conceito. Assim, incluímos 10 trabalhos na revisão que constroem um debate teórico e conceitual sobre jogo duro constitucional.

Figura 1: processo de mapeamento e seleção dos trabalhos da revisão de escopo



Fonte: elaboração própria.

3. AS DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE O JOGO DURO CONSTITUCIONAL

O conceito desenvolvido por Tushnet⁸ se enquadra no debate cada vez mais atual sobre retrocesso democrático causado por fatores internos. Nesse sentido, autores como Levitsky e Ziblatt⁹ e Vieira¹⁰ identificam um tipo de ruptura democrática que foge da concepção comum da ideia, pois não ocorre mais através da violência, mas pela utilização de ferramentas constitucionais. Os *best-sellers* da ciência política têm se ocupado do assunto nos últimos anos, o que demonstra a relevância do tema.

Tushnet afirma que o jogo duro constitucional é uma estratégia política. Quando desenvolveu o conceito, o autor buscou identificar situações em que uma ação política, embora respaldada pela Constituição, entra em conflito com princípios estabelecidos e consolidados ao longo do tempo. O autor denomina esses princípios como princípios pré-constitucionais. Esses princípios desempenham um papel relevante para que os atores políticos possam manter a tolerância e a estabilidade no campo político. Podemos considerar os princípios pré-constitucionais como entendimentos já consolidados pela cultura política de uma sociedade que orientam até mesmo a elaboração da constituição. Portanto,

8 TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, Washington D.C., n. 555, p. 523-553, 2004.

9 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 272P.

10 VIEIRA, Oscar. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 240p.

a expressão pré-constitucional não necessariamente se refere a princípios que antecedem a Constituição, mas sim àqueles que a influenciam e que foram incorporados pela sociedade e a comunidade política ao longo do tempo¹¹.

Como exemplos práticos desse conceito elaborado por Tushnet, o autor aponta que o pedido de impeachment do ex-presidente Bill Clinton foi constitucional, como qualquer pedido de impeachment, mas a maior parte destes, no contexto americano, tende a ferir o entendimento pré-constitucional de que a *House of Representatives* somente deve fazer esse pedido caso haja um motivo relevante e realmente capaz de afastar o presidente, e não por meros desentendimentos políticos. Da mesma forma, o autor aponta também que propor aumentar o número de membros da Suprema Corte norte-americana, como propôs Roosevelt, não é inconstitucional, mas vai de encontro ao entendimento de que isso não deve ser feito com a intenção de se obter ganhos político; ainda, a proposta de *redistricting* do censo de 2000 proposto pelo Partido Republicano, que provavelmente resultaria em mais cadeiras para o partido nas eleições seguintes. Nesses exemplos dados pelo autor, é possível ver o jogo duro constitucional na prática e como ele fere entendimentos que tornam a disputa política saudável.

Ainda de acordo com Tushnet, o jogo duro constitucional pode ser utilizado por políticos de um partido que está buscando espaço, de forma ofensiva, quando se deparam com uma oportunidade de mudar seu status de forma permanente, ou por políticos de um partido consolidado, em forma defensiva, quando estes veem seu poder ameaçado. Logo, os primeiros aplicam para mudar seu status, e os segundos, para mantê-los.

Tushnet aponta que uma característica inerente ao jogo duro constitucional é que ele é sempre uma aposta alta. Isto é, os praticantes acreditam que, naquele momento, o controle político de um período futuro está em aberto, ou seja, o vencedor leva tudo e o perdedor perde tudo. Essa percepção contribui para a deterioração da tolerância mútua, que é conceituada por Levitsky e Ziblatt como o ato de ver a oposição como uma ala com visões diferentes, e não como inimiga do país. A tolerância mútua seria então um pilar importante para evitar a transformação da arena política em vale-tudo e o desgaste da democracia¹².

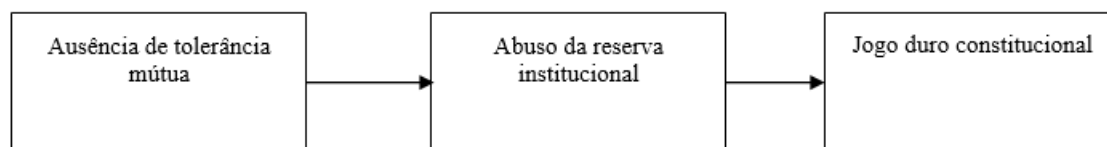
Assim, os conceitos de tolerância mútua e reserva institucional se tornam uma base para compreender o fenômeno do *constitutional hardball*. Quando a tolerância mútua se enfraquece e o adversário passa a ser percebido como inimigo, os atores políticos deixam de considerar a reserva institucional como uma regra não escrita da política e passam a tratá-la como algo dispensável para alcançar vitórias políticas. A renúncia a esse freio somada ao uso intensificado das ferramentas institucionais é precisamente o que é responsável

11 Na mesma linha, Levitsky e Ziblatt (2018) apontam a importância do que chamam de reserva institucional como fator para evitar o jogo duro constitucional e a consequente deterioração da democracia. A reserva institucional é o ato de, apesar de haver o respaldo constitucional para uma determinada ação, evitar executá-la, pois ela vai de encontro aos entendimentos acordados ou subentendidos politicamente (LEVITSKY E ZIBLATT, 2018). Em outras palavras, a reserva institucional é o ato de não fazer o jogo duro constitucional, ou seja, não forçar os limites da legalidade.

12 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 272P.

pelo surgimento de práticas de jogo duro constitucional, marcadas pelo uso indiscriminado de instrumentos legais contra o oponente político.

Figura 2: Relação entre as variáveis



Fonte: elaboração própria.

Em um trabalho posterior, Balkin¹³ analisa que o jogo duro constitucional é o conjunto de estratégias pelas quais atores políticos procuram produzir mudanças significativas na ordem constitucional existente ou consolidar ainda mais uma ordem favorável aos seus interesses. Para além disso, a proposta de Balkin reforça o apontamento de Tushnet em 2004 de que os atores políticos praticam o jogo duro constitucional principalmente em duas situações: quando não há consenso sobre um entendimento ou quando estes são questionados, ou quando querem permanecer no poder e manter aqueles que concordam com eles no poder pelo maior tempo possível (*partisan entrenchment*). Geralmente, a segunda razão domina a primeira.

Balkin reforça que a mudança proposta pelo praticante do jogo duro constitucional não necessariamente torna o partido provocador mais forte que os demais na arena política, isto é, o partido que utiliza do jogo duro assume um grande risco ao propor uma mudança nos princípios pré-constitucionais, e que, caso não sejam legitimadas pelos demais atores e pela sociedade civil, podem minar o poder do partido em questão. Além disso, se a mudança proposta for muito significativa, o efeito também pode ser negativo. Ou seja, como mencionado, a aposta alta é uma característica inerente ao jogo duro constitucional.

O *partisan entrenchment*, mencionado acima, é um conceito desenvolvido por Balkin e Levinson¹⁴. Este fenômeno consiste na estratégia de inserir atores alinhados aos valores ou à ideologia do partido em posições-chave, predominantemente no Poder Judiciário, mas também na burocracia estatal. Através desse mecanismo, é possível produzir mudanças institucionais profundas e duradouras. Um exemplo disso ocorreu no governo Roosevelt, embora seu plano de aumentar o número de ministros da Suprema Corte em 1937 tenha sido derrotado como tática imediata, o presidente obteve êxito na estratégia mais ampla de *partisan entrenchment*, nomeando sucessivamente aliados que garantiram a legitimidade constitucional do *New Deal*. O plano de Roosevelt para aumentar o número de membros da Suprema Corte e a pressão feita para tentar emplacar o impeachment de Bill Clinton também são consideradas uma variante do jogo duro constitucional chamada de *brushbacks*, termo inspirado no baseball. Os *brushbacks* ocorrem quando o jogo duro constitucional serve mais como tática

13 BALKIN, Jack. Constitutional Hardball and Constitutional Crises. *Quinnipiac Law Review*, Connecticut, v. 26, n. 158, p. 579-598, 2007.

14 BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. *Virginia Law Review*, Virginia, v. 87, n. 6, p. 1045-1109, 2001.

de ameaça do que efetivamente como proposta. Os *brushbacks* normalmente irão falhar de imediato, mas causarão o impacto desejado. Nos casos supracitados, os desfechos foram, respectivamente: a Suprema Corte foi pressionada a não barrar o *New Deal*, ameaçada a ter seu número de membros aumentado; e o presidente Bill Clinton saiu enfraquecido depois de longa batalha contra seu impeachment, como consequência, os Democratas perderam a cadeira da presidência na eleição seguinte¹⁵.

Um dos pontos mais discutidos na literatura sobre o jogo duro constitucional é o de que o *Constitutional Hardball* está associado a períodos em que os entendimentos pré-constitucionais estão sendo questionados, que Tushnet chama de período de crises constitucionais. Em contraponto, Balkin¹⁶ entende que o conceito deve se concentrar no que os atores políticos estão fazendo, e não em quando estão fazendo.

Para esclarecimentos analíticos sobre o que entendem de crise constitucional, Balkin e Levinson *apud* Balkin¹⁵ propõem que crise constitucional é um momento de transformação do sistema constitucional. O sistema não consegue mais impedir os atores da sociedade de agir fora da constituição e isso pode levar a uma grande mudança nos entendimentos constitucionais ou mesmo à ruptura total da ordem anterior.

Balkin¹⁵ retoma o que afirma em Balkin e Levinson¹⁷ ao entender que crise constitucional envolve um dos três momentos críticos a seguir:

1. Um ator político afirma publicamente que tem o direito de suspender elementos da constituição ou desconsiderar aspectos da ordem constitucional para enfrentar as exigências do momento;
2. Atores políticos estão seguindo a constituição mas ela não oferece uma solução para uma crise;
3. Os atores políticos discordam sobre quem tem o poder para agir em determinada situação. Entretanto, o que difere um desacordo político comum de uma crise constitucional efetiva é a perda do caráter político das relações, isto é, quando a constituição não consegue mais exercer autoridade, logo, pode haver elevado nível de desordem social e violência política decorrentes dos problemas institucionais.

O autor afirma que os dois primeiros tipos de crise podem levar ao terceiro, mas também que nem todo jogo duro constitucional irá gerar uma crise constitucional. Por exemplo, fazer o *partisan entrenchment* dentro das cortes judiciais é jogo duro constitucional, e, apesar de gerar debates acalorados, não gera esse tipo de crise¹⁵. Além disso, o terceiro tipo de crise não necessariamente será causado por atores políticos envolvidos em alguma polêmica sobre a constituição e sua interpretação ou em tentativas de fazer o *partisan*

15 TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Washington D.C., n. 555, p. 523-553, 2004.

16 BALKIN, Jack. *Constitutional Hardball and Constitutional Crises*. **Quinnipiac Law Review**, Connecticut, v. 26, n. 158, p. 579-598, 2007.

17 BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. *Understanding the constitutional revolution*. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 87, n. 6, p. 1045-1109, 2001.

entrenchment, mas também pode ocorrer por aspirações ambiciosas individuais de atores políticos buscando vitórias particulares.

Balkin¹⁵ afirma que Tushnet se prende a casos nacionais no contexto americano, mas conflitos entre estados e nível federal também trazem elementos de disputa. Por exemplo, em 1828 na Carolina do Sul houve a tentativa de anulação de leis federais por parte deste estado, que teve como resposta o envio de forças para fazer cumprir a lei federal. De acordo com Balkin, na perspectiva de Tushnet essa situação poderia ter se enquadrado em uma ideia de normalidade institucional, e problematiza justamente a questão relacionada à que medida um evento político pode ser crítico o suficiente para se enquadrar na perspectiva de jogo duro constitucional de Tushnet¹⁵.

Nas discussões mais recentes sobre o conceito, os autores Fishkin e Pozen¹⁸ e Bernstein¹⁹ travam uma disputa interpretativa das evidências empíricas no contexto norte-americano. Fishkin e Pozen²⁰ defendem a existência de uma polarização assimétrica nos EUA, com o Partido Republicano mais agressivo que o Partido Democrata, enquanto Bernstein²¹ argumenta que essa posição é enviesada para uma defesa do Partido Democrata por parte dos autores.

Um terceiro autor, Shugerman²², entra nesse debate e corrobora o argumento da polarização assimétrica. Ainda, ele introduz o termo *Beanball*, definido como: “*more than just an aggressive, yet legitimate, style of play. Beanball breaks basic rules by trying to eliminate the other players from the game*”. De acordo com Shugerman, na literatura sobre o jogo duro constitucional, há uma tendência a denominar táticas políticas nitidamente antidemocráticas de “mero” jogo duro constitucional. Para o autor, essa tendência faz com que o foco se mantenha em atitudes isoladas, escondendo que o cenário de crise da democracia americana é mais profundo do que parece.

Além disso, ao dar razão ao argumento da polarização assimétrica, Shugerman critica o enfoque dado aos atos do Partido Democrata em Bernstein. Segundo Shugerman, historicamente, ambos os partidos praticaram atos de jogo duro constitucional, mas o Partido Republicano, principalmente na história recente, joga de forma mais dura por meio de propostas que dificultariam o voto de determinados setores da sociedade, do uso do Departamento de Justiça para fins político-partidários e *gerrymandering*, que é o ato de fazer um *redistricting* tendencioso com o objetivo de obter vantagens. Nessa linha, o autor aponta ainda que os atos que considera antidemocráticos de Donald Trump não são um evento isolado, mas uma continuação das táticas do Partido Republicano nos últimos anos.

18 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Asymmetric Constitutional Hardball. **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 3, 2018.

19 BERNSTEIN, David. 2018. Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much, **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 8, 2018.

20 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda. **Columbia Law Review**. New York, v. 119, n. 5, 2019.

21 BERNSTEIN, David. 2018. Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much, **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 8, 2018.

22 SHUGERMAN, Jed Handelsman. 2019. Hardball vs. Beanball: Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics. **Columbia Law Review**, New York, v. 119, n. 3, 2019.

Shugerman²³ aponta ainda que os principais exemplos do *Beanball* são impor dificuldades para votar ou mesmo restringir o voto de setores da sociedade, marginalizar minorias e fazer o uso abusivo do Departamento de Justiça. Na linha do argumento supracitado, o autor aponta que os Republicanos, nos últimos anos, tentaram dificultar o acesso à contagem de votos, enquanto os Democratas tentaram facilitar. Além disso, os Republicanos, segundo o autor, tentaram dificultar a validação do documento de identificação para grupos que historicamente tendem a votar nos Democratas. Por exemplo, em alguns estados governados por maioria republicana, como o Texas e o Tennessee, foram permitidos os documentos de permissão para portar armas e de identificação militar para votar, mas não o documento de identificação estudantil. O autor sugere que o *Beanball* frequente do Partido Republicano reflete o sentimento dos grupos que compõem a maioria no partido, manifestando preocupação em relação ao seu status racial, paranoia em relação às mudanças demográficas, e pânico sobre a possível perda de privilégios históricos e, conseqüentemente, desapropriação de seu poder tradicional.

O recorte analítico para caracterizar o que seria o jogo duro constitucional também se difere entre os autores. Fishkin e Pozen²⁴ afirmam que as evidências de jogo duro constitucional são mais flagrantes em contextos legislativos, mas Bernstein²⁵ realiza uma análise focada no contexto executivo, especialmente sobre os atos do governo Obama.

Tendo em vista as discordâncias entre os autores - Fishkin e Pozen, Bernstein, e Shugerman - Fishkin e Pozen²⁶ em novo trabalho, assim como Shugerman²², respondem às críticas de Bernstein²⁴ e afirmam que este autor conduz uma narrativa histórica que não se alia ao consenso sobre os fatos. O principal argumento neste novo trabalho dos autores é que, ainda que possa haver reciprocidade nas ações de jogo duro constitucional, historicamente as evidências demonstram assimetria considerável principalmente no quesito das tentativas de paralisia de governo. Além disso, enquanto Bernstein²⁴ aponta que o conceito de jogo duro constitucional seria avaliado de forma meramente subjetiva, neste novo trabalho, Fishkin e Pozen²⁷ defendem que é possível fazer avaliações com validade empírica e baseadas em evidência que não comprometam a objetividade acadêmica.

Ademais, Fishkin e Pozen²⁸ afirmam que o conceito proposto por Shugerman²⁹ - *Beanball* - precisa ser melhor delimitado, embora reconheçam que o autor fez uma linha

23 SHUGERMAN, Jed Handelsman. 2019. Hardball vs. Beanball: Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics. **Columbia Law Review**, New York, v. 119, n. 3, 2019.

24 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Asymmetric Constitutional Hardball. **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 3, 2018.

25 BERNSTEIN, David. 2018. Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much, **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 8, 2018.

26 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda. **Columbia Law Review**. New York, v. 119, n. 5, 2019.

27 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda. **Columbia Law Review**. New York, v. 119, n. 5, 2019.

28 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda. **Columbia Law Review**. New York, v. 119, n. 5, 2019.

29 SHUGERMAN, Jed Handelsman. 2019. Hardball vs. Beanball: Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics. **Columbia Law Review**, New York, v. 119, n. 3, 2019.

histórica argumentativa ainda mais detalhada que o trabalho anterior de Fishkin e Pozen³⁰. Ainda, os autores concluem com o entendimento de que é preciso avançar em categorias analíticas para melhor classificação dos eventos de jogo duro constitucional.

Por fim, para encerrar essa seção de discussão teórica, a tabela abaixo sintetiza as principais características dos conceitos trabalhados:

Tabela 1: síntese das principais características do jogo duro constitucional e termos correlatos

Termo	Definição	Autor(es)	Contexto
<i>Constitutional Hardball</i>	De acordo com Tushnet, são reivindicações e práticas políticas – iniciativas legislativas e executivas – que estão, sem muita dúvida, dentro dos limites da doutrina e prática constitucional existente, mas que, mesmo assim, estão em alguma tensão com entendimentos pré-constitucionais existentes. De acordo com Balkin, Refere-se a táticas ou estratégias destinadas a consolidar o poder de um partido ou movimento no futuro. São tentativas de atores políticos de fazer mudanças significativas na ordem constitucional ou de estender e consolidar ainda mais uma ordem existente.	Tushnet, em 2004; Balkin, em 2007; Fishkin e Pozen, em 2018	Para Tushnet, período de transformação constitucional. Para os demais autores o jogo duro pode ocorrer em qualquer momento da política ordinária
<i>Brushback</i>	Uma forma de jogo duro constitucional que busca mais a intimidação da oposição do que a efetivação do ato.	Tushnet, em 2004	Período de política ordinária
<i>Partisan Entrenchment</i>	Tentativa de fazer com que a ideologia de um partido entre nas instituições a partir de indicações para cargos no judiciário e na burocracia.	Balkin e Levinson, em 2001	Período de política ordinária
<i>Beanball</i>	Não é apenas uma forma agressiva, ainda que tecnicamente legal, de atuação política. Trata-se de uma estratégia que ultrapassa os limites das convenções democráticas ao buscar ativamente neutralizar os adversários, minando sua capacidade de participar plenamente do processo político.	Shugerman, em 2019	Período de transformação constitucional

Fonte: elaboração própria.

30 FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda. *Columbia Law Review*. New York, v. 119, n. 5, 2019.

4. DISCUSSÃO DOS CONCEITOS À LUZ DA NOVA POLÍTICA ORDINÁRIA NO BRASIL

Os anos republicanos do Brasil são marcados por uma constante instabilidade e disputas políticas intensas. Desde a Proclamação da República, o país nunca conseguiu alcançar sequer quarenta anos consecutivos de estabilidade. As instituições brasileiras, ao longo do período republicano, enfrentaram crises frequentes, incluindo golpes militares, regimes autoritários e períodos de turbulência democrática. Esses eventos evidenciam uma fragilidade institucional que é importante para compreender as dinâmicas políticas contemporâneas do país.

Depois de um período de 21 anos de estado de exceção e da promulgação da Constituição de 1988, o país renasceu com esperanças de alcançar a estabilidade democrática e o bem-estar social. O impeachment do presidente Collor em 1992, no entanto, inaugurou uma característica que se tornaria comum na nova república: a ausência de parcimônia nos pedidos de *impeachment*, os quais, vale a menção, têm maiores chances de sucesso em períodos de dificuldades econômicas³¹.

Depois do *impeachment* de Collor até houve um período de considerável estabilidade, entretanto, menos de trinta anos após a promulgação da Constituição de 1988 o cenário político brasileiro passou por eventos que o transformaram em um ambiente de fragilidade das regras escritas e não escritas.

Todos os presidentes da história recente sofreram inúmeros pedidos de impeachment, sendo que dois se concretizaram, o que evidencia uma má prática que se tornou corriqueira no Brasil³². O sucesso do impeachment de Dilma Rousseff, no entanto, na nossa perspectiva, representou um ponto de inflexão da política brasileira e, não por acaso, é o evento brasileiro mais analisado sob a ótica do conceito de jogo duro constitucional, mesmo que em breve literatura nacional ³³..

A partir de 2014, após a derrota do PSDB na eleição presidencial mais acirrada da história até então, a oposição passou a tentar deslegitimar e, posteriormente, a paralisar o governo de Dilma Rousseff. Para tanto, adotou estratégias como o questionamento da lisura do processo eleitoral e a obstrução sistemática de propostas, mesmo aquelas que, de forma razoável, se alinhavam ao perfil dos próprios partidos de oposição^{34 35}.

Vale ressaltar que o impeachment tem clara previsão legal em todos os países democráticos, entretanto, é comum ver ressalvas quanto ao seu uso por parte de diversos autores. Limongi aponta que o impeachment é uma ferramenta que deve ser usada ex-

31 SANTOS, Everton; CASTRO, Henrique; HOFFMANN, Fábio. A democracia brasileira e seus inimigos. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 127–138, 2021.

32 ABRANCHES, Sérgio. 2018. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 440p.

33 VIEIRA, Oscar. 2018. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 240p.
KREUZ, Letícia. Impeachment como jogo duro constitucional: da responsabilização à remoção de governantes indesejáveis. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 28, n. 1, p. 06–24, 2023.

34 AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. 154p.

35 LIMONGI, Fernando. **Operação impeachment: Dilma Rousseff e o Brasil da Lava Jato**. São Paulo: Todavia, 2023. 304p.

cepcionalmente porque possui custos muito elevados para um regime democrático. Para Dworkin *apud* Kozicki e Chueiri³⁶, o processo de impeachment é a opção nuclear dentro do sistema constitucional, reservado para momentos de extrema necessidade. De acordo com Linz³⁷, o impeachment é uma ação drástica que pode resultar na ascensão de alguém com uma ideologia diferente daquela do presidente eleito e que abre a possibilidade de conceder o cargo a alguém que jamais seria eleito pelo processo ordinário.

A má gestão da coalizão, mais precisamente na relação com o PMDB, a queda da popularidade e da aprovação do governo, a criminalização da política, oposição ferrenha e crise econômica figuram entre os motivos citados pela literatura para o sucesso do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff³⁸. No entanto, nenhum desses é, de fato, precedente para destituir o presidente. O motivo dado como oficial para o impeachment foi uma manobra fiscal, que, embora possa ser prejudicial em termos de transparência, vinha ocorrendo há muitos anos em diversas esferas políticas, inclusive no executivo nacional, como admitido pelo presidente da Câmara dos Deputados, que posteriormente, por desavenças políticas que se acentuaram, deu andamento ao processo³⁹. Como apontado por Barroso⁴⁰, um forte *insider*, e consolidado em grande parte da literatura, a falta de apoio político foi o principal motivo para o impeachment. Nesse caso, o uso do jogo duro constitucional é expressado pela ferramenta do impeachment, e encontra respaldo na obra de Tushnet: o jogo político levado ao extremo por meio de uma ferramenta institucional. O próprio criador do termo aponta que o impeachment de Dilma Rousseff foi um exemplo de jogo duro constitucional⁴¹.

No Brasil, desde então, nota-se o risco crescente de se transformar o impeachment em uma ferramenta que, para ser utilizada, basta vontade política da maioria entre os representantes no legislativo⁴². A nova política brasileira passou a ter a ocorrência corriqueira de pedidos de impeachment, representado graficamente na figura 1, principalmente como um meio de intimidar o presidente da república, se assemelhando ao que Tushnet⁴³ chama de variante *brushback* do jogo duro constitucional, na qual um grupo político, por

36 KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera. Impeachment: a arma nuclear constitucional. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 108, p. 157–176, set. 2019.

37 LINZ, Juan. 1990. The Perils of Presidentialism. **Journal of Democracy**, Washington D.C., v. 1, n. 1, p. 51–69, 1990.

38 ABRANCHES, Sérgio. 2018. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 440p.

39 LIMONGI, Fernando. **Operação impeachment: Dilma Rousseff e o Brasil da Lava Jato**. São Paulo: Todavia, 2023. 304p.

40 BARROSO, Luís Roberto. A democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, (Jan-Mar): 33–56. 2022.

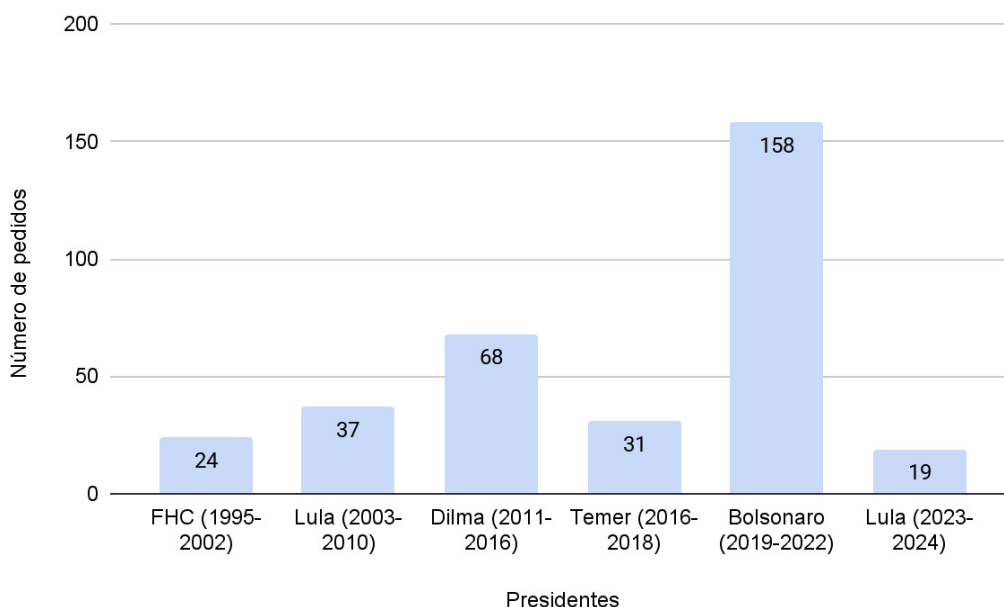
41 ESTADÃO. **Jogo duro constitucional: uma conversa com Mark Tushnet**. Estado da Arte, São Paulo, 18 dez. 2020. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/tushnet-hardball-entrevista/>> Acesso em: 22 ago.2024.

42 KREUZ, Letícia. Impeachment como jogo duro constitucional: da responsabilização à remoção de governantes indesejáveis. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 28, n. 1, p. 06–24, 2023.

43 TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Washington D.C., n. 555, p. 523–553, 2004.

meios institucionais, tenta intimidar ou assustar um adversário, mesmo que o ato em si esteja fadado a falhar.

Gráfico 1: número de pedidos de impeachment ao longo dos anos⁴⁴



Fonte: Poder 360. Elaboração dos autores.

Na mesma linha, Levitsky e Ziblatt⁴⁵, apontam que o impeachment do presidente paraguaio Fernando Lugo, afastado em 2012, e o afastamento de juízes da Suprema Corte argentina, são exemplos de jogo duro constitucional na América Latina. Já de acordo com Magalhães e Ferreira⁴⁶, o afastamento de Dilma Rousseff marcou, no Brasil, o início da prática que autores como Landau *apud* Magalhães e Ferreira⁴⁷ chamam de constitucionalismo abusivo, que ocorre quando instrumentos constitucionais são utilizados para enfraquecer a democracia. Nota-se, aqui, a proximidade dos termos, e essa proximidade reflete um padrão alarmante na América Latina onde instrumentos concebidos para proteger a ordem democrática podem ser distorcidos e usados para miná-la.

As reações à eleição de Dilma Rousseff em 2014 representaram o início de um período de considerável aumento da hostilidade política, o que, em termos de jogo duro, pode significar um aumento da deterioração da tolerância mútua e o aumento da ocorrência do jogo duro constitucional em si.

44 Vale ressaltar que o mandato de Temer (2016-2018) não completou 4 anos, e Lula (2022-2024) é o mandato que ainda vigora. Apesar disso, vale apontar que o atual governo Lula acumula o dobro de pedidos de impeachment para o mesmo período do governo Bolsonaro, demonstrando que o atual presidente pode chegar a um número maior ainda que o de Jair Bolsonaro ao final do mandato.

45 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 272P.

46 MAGALHÃES, Breno; FERREIRA, Valeska. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2158–2197, 2022.

47 MAGALHÃES, Breno; FERREIRA, Valeska. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2158–2197, 2022.

A prisão de Luiz Inácio Lula da Silva, então líder nas pesquisas para as eleições de 2018, em um contexto marcado por pressões públicas de integrantes do Alto-Comando militar, bem como a posterior nomeação do juiz mais proeminente da Operação Lava-Jato para o cargo de ministro da Justiça do candidato vitorioso, Jair Bolsonaro, ilustram como disputas políticas passaram a ser conduzidas por meio de instrumentos legais e institucionais com efeitos potencialmente partidários. Embora tais ações estivessem formalmente amparadas em procedimentos constitucionais, elas se aproximam do que Tushnet denomina jogo duro constitucional: práticas que, embora juridicamente válidas, colidem com princípios pré-constitucionais e com normas informais de autocontenção que orientam a competição democrática.

A utilização politicamente orientada de mecanismos jurídicos, ou a percepção pública de que tais mecanismos não foram empregados de maneira imparcial, contribui diretamente para o enfraquecimento da tolerância mútua, entendida por Levitsky e Ziblatt como o reconhecimento do adversário político não como inimigo, mas como competidor legítimo no regime democrático. Entre 2013 e 2017, simultaneamente, pesquisas de opinião registraram uma queda acentuada na confiança das instituições políticas, fenômeno que, como apontam esses autores, tende a criar um ambiente propício para a erosão de normas de reserva institucional e para a intensificação de práticas de *constitutional hardball*. Assim, o período pré-2018 se caracteriza por um adensamento de disputas em que atores políticos testaram os limites das normas informais de contenção e contribuíram para a deterioração do pacto mínimo de tolerância mútua que sustenta a estabilidade democrática.

Em relação à confiança no sistema político, as eleições de 2018 coincidiram com uma queda histórica no nível de apoio ao regime democrático na América Latina. O Latinobarómetro⁴⁸ mostrou que a resposta à pergunta “o regime democrático é preferível a qualquer outro regime” chegou ao seu ponto mais baixo da história naquele ano. Isso pode ter contribuído para a ascensão de uma nova elite política no país, evidenciada pela eleição de novatos absolutos em 2018, incluindo seis governadores e o presidente eleito por um partido antes irrelevante^{49 50}.

Como supracitado, o período que começou após o impeachment de Dilma Rousseff teve seu ápice na eleição do candidato da extrema-direita em 2018 para a cadeira presidencial. Jair Bolsonaro se utilizou da criminalização generalizada da política para se colocar como um *outsider*, mesmo estando há mais de 20 anos envolvido na política⁵¹. No poder, além de popularizar ainda mais o discurso anti-sistema, desmantelou políticas

48 CORPORACIÓN Latinobarómetro. (2023). **Informe 2023**. Disponível em: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2023/11/Latinobarometro_Informe_2023.pdf. Acesso em: 23 ago 2024.

49 NICOLAU, Jairo. 2020. **O Brasil dobrou à direita**: uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. 144p.

50 MIGUEL, Luís Felipe. Carreira política e sistema partidário no Brasil: entropia ou reconfiguração? **Revista Política e Sociedade**, Florianópolis, v. 21, p. 231-256, 2022.

51 ARRUDA, Evelyn Maria Apolinaria Santos. Centro de governo e estilo presidencial midiático no governo Bolsonaro. 2024. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

públicas que vinham se consolidando⁵², negligenciou a pandemia de Covid-19 e atacou sistematicamente a imprensa e as instituições democráticas, como o STF e o TSE⁵³.

Além disso, o ex-presidente Jair Bolsonaro (PL) teve diferentes situações durante o mandato que se enquadram naquilo que Tushnet compreende por jogo duro constitucional, ou até mesmo no conceito de *Beanball*, cunhado por Shugerman, que, como apresentado, vai além do jogo duro constitucional. A mobilização de forças da Polícia Rodoviária Federal em lugares estratégicos para impedir que eleitores do seu concorrente Lula (PT) pudessem chegar aos locais de votação⁵⁴, a mobilização de sua força política em ano eleitoral para aprovar o que ficou conhecido como a PEC das bondades, cujo o próprio reconheceu que tinha objetivo de angariar votos⁵⁵, e o pedido de impeachment do ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, são exemplos práticos do jogo duro constitucional ou mesmo de *beanball* praticados pelo presidente⁵⁶.

Embora as práticas políticas agressivas sejam recorrentes na história política brasileira, algumas delas podem ser interpretadas à luz dos conceitos de constitutional hardball e termos correlatos, tal como definidos pela literatura. Considerando a formulação de Tushnet ações tecnicamente compatíveis com a ordem constitucional vigente, mas que tensionam normas e convenções políticas, e o enfoque de Balkin e de Fishkin e Pozen em estratégias destinadas a consolidar poder no longo prazo, é possível identificar momentos da política brasileira que se aproximam dessas categorias.

A atuação de Carlos Lacerda, por exemplo, que buscou reiteradamente impedir a posse de presidentes eleitos por meio de narrativa golpista e de pressões políticas, oferece um exemplo de *brushback*, nos termos de Tushnet. De modo semelhante, as iniciativas de Aécio Neves e setores do PSDB, em 2014, de questionar a lisura do sistema eleitoral, ajustam-se ao sentido de *constitutional hardball* delineado por Balkin, por representarem tentativas de enfraquecer normas compartilhadas e alterar o equilíbrio competitivo para disputas futuras.

Mais recentemente, as já mencionadas práticas de Jair Bolsonaro, especialmente aquelas voltadas a desacreditar instituições, pressionar autoridades e lançar dúvidas infundadas sobre o processo eleitoral, aproximam-se do que Shugerman denomina *beanball*: estratégias agressivas que buscam neutralizar adversários e restringir sua capacidade de

52 GOMIDE, Alexandre; SILVA, Michelle; LEOPOLDI, Maria. 2022. **Desmonte e reconfiguração de políticas públicas (2016-2022)**. Brasília: IPEA, 2022.

53 AVRITZER, Leonardo; KERCHER, Fábio; MARONA, Marjorie. **Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2021. 448p.

54 BERGAMASCO, Débora. (2024) **Investigação da PF conclui que blitze da PRF impactaram eleições em 2022**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/blogs/debora-bergamasco/eleicoes/investigacao-da-pf-conclui-que-blitze-da-prf-impactaram-eleicoes-em-2022/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

55 RODRIGUES, Alex; PEDUZZI, Pedro. (2024). **Bolsonaro reconhece caráter eleitoral da PEC das Bondades, em vídeo**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-02/bolsonaro-reconheceu-carater-eleitoral-da-pec-das-bondades>>. Acesso em: 22 ago. 2024

56 **PACHECO rejeita pedido de Bolsonaro por impeachment de Moraes**. Agência Senado, Brasília, 25 out. 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/08/25/pacheco-rejeita-pedido-de-bolsonaro-por-impeachment-de-moraes>>.

participar plenamente da competição política, ultrapassando limites usuais das convenções democráticas.

Portanto, o regime que parecia caminhar para a estabilidade após um período de forte repressão na ditadura militar, está aos poucos caminhando novamente para o jogo político levado ao extremo. O tratamento do adversário como inimigo passou a ser mais frequente novamente, o que atesta a atual fraqueza da tolerância mútua no país. Exemplo prático dessa deterioração é que as disputas eleitorais entre PT x PSDB, mais precisamente as disputas presidenciais entre Lula e Alckmin, sempre se mantiveram dentro da normalidade democrática e da tolerância mútua, em contraste com a disputa política recente, que promete manter o tom agressivo.

Diversos podem ser os motivos pelos quais a arena política se tornou mais agressiva nos últimos anos e a literatura da Ciência Política já vem se dedicando a entender as variáveis que afetam a estabilidade política: a desconfiança generalizada nos partidos políticos, nas instituições e a popularização do discurso antipolítica e consequentemente a crise de representatividade⁵⁷, a polarização política alimentada pelo forte antipetismo⁵⁸ e ressentimento da classe média⁵⁹, a persistência da desigualdade social e da violência urbana⁶⁰, o crescimento e a consolidação das redes sociais como força política⁶¹. Todos esses fatores podem favorecer o protagonismo de candidatos com soluções extremas, que, empoderados, podem não respeitar o rito democrático⁶². Essa lista de variáveis não é taxativa e é importante que se produza conhecimento empírico sobre a relevância delas para explicar os problemas contemporâneos.

Após a ocorrência do impeachment de Dilma Rousseff, o país apresentou crescimento da polarização afetiva assimétrica com crescimento e radicalização mais acentuados da direita⁶³. A ocorrência de 324 casos de violência eleitoral, incluindo 15 assassinatos e 23 tentativas de assassinato nas eleições gerais de 2022⁶⁴ demonstram que a política brasileira está em um momento de tensão e vulnerabilidade, refletindo a deterioração do debate democrático e o avanço de discursos que legitimam a violência como ferramenta política.

A tolerância mútua dá lugar à desconfiança mútua e a reserva institucional é substituída por constantes tentativas de deslegitimar ou enfraquecer o adversário por quaisquer meios necessários. Assim, ficam enfraquecidas as possibilidades de cooperação, que com-

57 MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

58 CORBELLINI, Juliano; MOURA, Maurício. **A eleição disruptiva: por que Bolsonaro venceu**. Curitiba: Appris, 2020.

59 SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

60 CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

61 MESSEMBERG, Débora. A direita que saiu do armário: a cosmovisão dos formadores de opinião dos manifestantes de direita brasileiros. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 32, n. 3, 2017.

62 LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

63 FUKS, Mário; MARQUES, Pedro. Polarização e contexto: medindo e explicando a polarização política no Brasil. **Opinião Pública**, v. 28, n. 3, p. 560–593, set. 2022.

64 ANJOS, Anna; FREITAS, Caio; LEVY, Clarissa; AFIUNE, Giulia; CÍCERO, José; ROHDEN, Julia; TARASIUK, Karina; SCOFIELD, CORREIA, Mariama; SANTINO, Matheus; FONSECA, Nathalia; OLIVEIRA, Rafael; PIRES, Yolanda. (2022). **Violência eleitoral: noite da votação teve pico de assassinatos**. Disponível em: <<https://apublica.org/2022/11/violencia-eleitoral-noite-da-votacao-teve-pico-de-assassinato/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

prometem o desenvolvimento de um ambiente político onde há respeito às regras tanto escritas quanto não escritas, abrindo espaço para o uso de ferramentas como o jogo duro constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou analisar, em dois diferentes momentos, i) o estado da arte da literatura sobre jogo duro constitucional e ii) como o conceito ajuda a explicar situações da política do Brasil contemporâneo. É evidente que a evolução teórica do assunto está em pleno desenvolvimento, dado o pouco volume de produções acadêmicas do assunto observados na revisão feita por este artigo. Além disso, a construção teórica, até o momento, se concentrou no contexto norte-americano.

O nosso esforço preliminar de entender casos da política brasileira à luz dos conceitos sobre jogo duro constitucional buscou, em primeiro momento, trazer uma elucidação conceitual, posto que existem diferentes terminologias na literatura e diferenciá-las dessa maneira pode ser mais didático para o leitor. Em segundo momento, esse esforço também busca contribuir com a literatura que objetiva compreender o cenário político atual a partir dos conceitos aqui trabalhados. Para uma análise mais precisa dos casos, é preciso realizar estudos de caso metodologicamente rigorosos com as devidas categorizações dos padrões de análise documental e bibliográficos ajustados ao desenho de pesquisa. Por fim, é preciso avançar em delimitações conceituais mais precisas e também melhor adaptadas ao contexto nacional da(s) definição(ões) de jogo duro constitucional.

Assim, como agenda de pesquisa futura a partir deste trabalho, os pesquisadores podem se aprofundar em revisar, diferenciar e repensar os conceitos de jogo duro constitucional, assim como explorar casos históricos de aplicabilidade tanto no Brasil quanto em outros contextos políticos, seja de maneira individual ou comparada. Por exemplo, a América Latina também possui diversos casos de tensões políticas, citadas rapidamente por autores supracitados, que o jogo duro constitucional pode ajudar a explicar.

Além disso, a partir de conceitos melhor delimitados sobre jogo duro constitucional, é necessário avançar nos esforços empíricos para a mensuração adequada das variáveis para que trabalhos mais analíticos e outras abordagens metodológicas possam prosperar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA, Evelyn Maria Apolinaria Santos. **Centro de governo e estilo presidencial midiático no governo Bolsonaro**. 2024. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2024.
- ABRANCHES, Sérgio. 2018. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 440p.
- ANJOS, Anna; FREITAS, Caio; LEVY, Clarissa; AFIUNE, Giulia; CÍCERO, José; ROHDEN, Julia; TARASIUK, Karina; SCOFIELD, CORREIA, Mariama; SANTINO, Matheus; FONSECA., Nathalia; OLIVEIRA, Rafael; PIRES, Yolanda. (2022). **Violência eleitoral: noite da votação teve pico de assas-**

- sinatos. Disponível em: <<https://apublica.org/2022/11/violencia-eleitoral-noite-da-votacao-teve-pico-de-assassinato/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.
- AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. 154p.
- AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2021. 448p.
- BALKIN, Jack. Constitutional Hardball and Constitutional Crises. **Quinnipiac Law Review**, Connecticut, v. 26, n. 158, p. 579-598, 2007.
- BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 87, n. 6, p. 1045-1109, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. A democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, (Jan-Mar): 33-56. 2022.
- BERGAMASCO, Débora. (2024) **Investigação da PF conclui que blitze da PRF impactaram eleições em 2022**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/blogs/debora-bergamasco/eleicoes/investigacao-da-pf-conclui-que-blitze-da-prf-impactaram-eleicoes-em-2022/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.
- BERNSTEIN, David. 2018. Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much, **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 8, 2018.
- BUSS, Gabriel; BEHNKE, Emily. (2023). **Bolsonaro foi o presidente com mais pedidos de impeachment em 4 anos**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-foi-o-presidente-com-maior-numero-de-impeachments-em-4-anos/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CASTRO, Celso. **General Villas Bôas: conversa com o comandante**. Rio de Janeiro: FGV, 2021. 243p.
- CANÁRIO, Pedro. (2019). **Lava Jato grampeou 462 ligações de defesa de Lula por 23 dias**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-19/lava-jato-grampeou-462-ligacoes-defesa-lula-23-dias/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.
- CORBELLINI, Juliano; MOURA, Maurício. **A eleição disruptiva: por que Bolsonaro venceu**. Curitiba: Appris, 2020.
- CORPORACIÓN Latinobarómetro. (2023). **Informe 2023**. Disponível em: <https://www.fundacion-carolina.es/wp-content/uploads/2023/11/Latinobarometro_Informe_2023.pdf>. Acesso em: 23 ago 2024.
- DUARTE, Letícia; BRASIL, The Intercept. **Vaza Jato: os bastidores das reportagens que sacudiram o Brasil**. Rio de Janeiro: Mórula, 2020. 319p.
- ESTADÃO. **Jogo duro constitucional: uma conversa com Mark Tushnet**. Estado da Arte, São Paulo, 18 dez. 2020. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/tushnet-hardball-entrevista/>> Acesso em: 22 ago.2024
- FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Asymmetric Constitutional Hardball. **Columbia Law Review**. New York, v. 118, n. 3, 2018.
- FISHKIN, Joseph; POZEN, David. Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda. **Columbia Law Review**. New York, v. 119, n. 5, 2019.
- FUKS, Mário; MARQUES, Pedro. Polarização e contexto: medindo e explicando a polarização política no Brasil. **Opinião Pública**, v. 28, n. 3, p. 560–593, set. 2022.
- GOMIDE, Alexandre; SILVA, Michelle; LEOPOLDI, Maria. 2022. **Desmon-**

te e reconfiguração de políticas públicas (2016-2022). Brasília: IPEA, 2022.

HERMÍNIA, Maria. (2023). **Limites ao jogo duro constitucional nas democracias**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/maria-herminia-tavares/2023/05/limites-ao-jogo-duro-constitucional-nas-democracias.shtml>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

KREUZ, Letícia. Impeachment como jogo duro constitucional: da responsabilização à remoção de governantes indesejáveis. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 28, n. 1, p. 06–24, 2023.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera. Impeachment: a arma nuclear constitucional. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 108, p. 157–176, set. 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 272P.

LIMONGI, Fernando. **Operação impeachment: Dilma Rousseff e o Brasil da Lava Jato**. São Paulo: Todavia, 2023. 304p.

LINZ, Juan. 1990. The Perils of Presidentialism. **Journal of Democracy**, Washington D.C., v. 1, n. 1, p. 51-69, 1990.

MAGALHÃES, Breno; FERREIRA, Valeska. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2158–2197, 2022.

MARTIN, Rafael; NEVES, Rafael; DEMORI, Leandro, (2021). **UM TRANSATLÂNTICO: O namoro entre a Lava Jato e a Rede Globo**. Disponível em: <<https://www.intercept.com.br/2021/02/09/namoro-lava-jato-rede-globo/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

MARZULLO, Luíza. (2024). **Lula acumula 19 pedidos de impeachment na Câmara, mais do que o dobro de Bolsonaro no mesmo período**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/02/21/lula-acumula-19-pedidos-de-impeachment-na-camara-mais-do-que-o-dobro-de-bolsonaro-no-mesmo-periodo.ghtml>>. Acesso em: 22 ago.2024.

MESSENBERG, Débora. A direita que saiu do armário: a cosmovisão dos formadores de opinião dos manifestantes de direita brasileiros. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 32, n. 3, 2017.

MIGUEL, Luís Felipe. Despolitização e antipolítica: a extrema-direita na crise da democracia. **Argumentum**, Vitória, v. 13, n. 2, p. 8–20, 2021.

_____. Carreira política e sistema partidário no Brasil: entropia ou reconfiguração? **Revista Política e Sociedade**, Florianópolis, v. 21, p. 231-256, 2022.

_____. **Democracia e representação: territórios em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

NICOLAU, Jairo. 2020. **O Brasil dobrou à direita: uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. 144p.

PACHECO rejeita pedido de Bolsonaro por impeachment de Moraes. Agência Senado, Brasília, 25 out. 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/08/25/pacheco-rejeita-pedido-de-bolsonaro-por-impeachment-de-moraes>>.

RODAS, Sérgio. (2016). **Moro reconhece erro em grampo de Dilma e Lula, mas não recua**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/moro-reconhece-erro-grampo-dilma-lula-nao-recua/>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

- RODRIGUES, Alex; PEDUZZI, Pedro. (2024). **Bolsonaro reconhece caráter eleitoreiro da PEC das Bondades, em vídeo**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-02/bolsonaro-reconheceu-carater-eleitoreiro-da-pec-das-bondades>>. Acesso em: 22 ago. 2024.
- SANTOS, Everton; CASTRO, Henrique; HOFFMANN, Fábio. A democracia brasileira e seus inimigos. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 127–138, 2021.
- SHUGERMAN, Jed Handelsman. 2019. Hardball vs. Beanball: Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics. **Columbia Law Review**, New York, v. 119, n. 3, 2019.
- TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Washington D.C., n. 555, p. 523-553, 2004.
- VIEIRA, Oscar. 2018. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 240p.

PROCURADOR-GERAL MUNICIPAL: CARGO COMISSIONADO, AUTONOMIA LOCAL E CONTROLE JURISDICIONAL

MUNICIPAL ATTORNEY GENERAL: COMMISSIONED POSITION, LOCAL AUTONOMY, AND JUDICIAL REVIEW

Júlio César Puro Feitosa¹

RESUMO: O presente artigo examina a admissibilidade jurídica da nomeação de Procuradores-Gerais Municipais em caráter comissionado, à luz dos parâmetros constitucionais e da jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal. A investigação detém-se sobre a possibilidade de designação de indivíduos não integrantes da carreira da Advocacia Pública para o exercício da chefia das procuradorias municipais, questão historicamente controvertida no âmbito paulista. Para tanto, parte-se de uma análise sistemática do regime de competências legislativas no Estado federativo brasileiro, bem como das implicações do princípio da autonomia municipal sobre a estruturação da função consultiva e contenciosa das municipalidades. O estudo contempla, ainda, a evolução jurisprudencial do TJSP e os elementos que motivaram a alteração de seu entendimento, bem como a posição da Suprema Corte, com destaque para os fundamentos constitucionais que balizam a escolha política do dirigente máximo da procuradoria local. Ao final, são abordadas as dimensões institucionais e políticas subjacentes a essa nomeação, ressaltando-se os tensionamentos entre tecnicidade e discricionariedade administrativa.

Palavras-chaves: Procurador-Geral Municipal; Cargo em Comissão; Autonomia Municipal; Jurisprudência Constitucional; Advocacia Pública.

ABSTRACT: This article examines the legal admissibility of appointing Municipal Attorneys General on a commissioned basis, in light of constitutional parameters and the consolidated jurisprudence of the São Paulo State Court of Justice and the Federal Supreme Court. The investigation focuses on the possibility of designating individuals who are not members of the Public Advocacy career to head municipal attorneys' offices, a historically controversial issue in the São Paulo context. To this end, it undertakes a systematic analysis of the legislative competence regime in the Brazilian federal state, as well as the implications of the principle of municipal autonomy on the structuring of advisory and litigation functions within municipalities. The study also addresses the jurisprudential evolution of the São Paulo Court and the factors that motivated its shift in interpretation, along with the position of the Supreme Court, emphasizing the constitutional foundations that guide the political choice of the head of the local attorneys' office. Finally, the article explores the institutional and political dimensions underlying such appointments, highlighting the tensions between technical rigor and administrative discretion.

Keywords: Municipal Attorney General; Commissioned Position; Municipal Autonomy; Constitutional Jurisprudence; Public Advocacy.

1. INTRODUÇÃO

A Advocacia Pública, concebida como função essencial à Justiça (art. 131 e 132 da Constituição Federal de 1988), desempenha papel estruturante na consolidação do Estado

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE). Coordenador de Relações Institucionais na Prefeitura Municipal de Teodoro Sampaio. Ex-Coordenador do Grupos de Estudos de Direito Processual Penal e Direito Penal do Centro Acadêmico de Direito Luís Roberto Barroso. E-mail para contato: jcpuro.feitos01@gmail.com.

Democrático de Direito, incumbindo-se de representar judicial e extrajudicialmente os entes federativos e de assessorá-los juridicamente nos diversos planos da Administração Pública. No desempenho dessas atribuições, o Estado organiza-se por meio de Procuradorias nos âmbitos federal, estadual e municipal, cujos integrantes, em regra, são selecionados mediante concurso público de provas e títulos, conforme disposto no art. 37, inciso II, da Carta Constitucional.

A regra do concurso público, todavia, comporta exceções expressas. O próprio texto constitucional admite, no mesmo dispositivo, a nomeação para cargos em comissão, desde que destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Tais cargos, por sua natureza política e fiduciária, não exigem vínculo prévio com os quadros efetivos da Administração Pública. Essa prerrogativa encontra-se exemplificada de forma paradigmática na nomeação do Advogado-Geral da União — autoridade máxima da Advocacia Pública em âmbito federal — cujo provimento, de livre escolha do Presidente da República, pressupõe apenas o preenchimento de requisitos objetivos, como nacionalidade brasileira, idade mínima de trinta e cinco anos e reputação ilibada. Nesse contexto, verifica-se que a Constituição de 1988 não condiciona a ocupação do cargo ao pertencimento prévio aos quadros da carreira da Advocacia Pública, reconhecendo-lhe, assim, natureza essencialmente política.

Diversamente, o constituinte estadual paulista optou por restringir essa margem de escolha ao prever, no art. 100, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, que o Procurador-Geral do Estado será nomeado, em comissão, dentre os Procuradores integrantes da carreira. Trata-se de uma opção normativa que vincula o exercício da chefia da Procuradoria-Geral à estrutura de carreira já consolidada, assegurando a ocupação do cargo exclusivamente a membros efetivos da instituição.

Essa divergência normativa entre os planos federal e estadual suscita, por decorrência, uma questão de elevada densidade constitucional: seria legítima, à luz do modelo federativo brasileiro e do princípio da autonomia municipal, a nomeação livre — e desvinculada da carreira da Advocacia Pública — para o cargo de Procurador-Geral Municipal?² A ausência de previsão expressa na Constituição Federal e na Constituição Estadual quanto à estrutura e ao modo de provimento da chefia das Procuradorias Municipais abre espaço para distintas interpretações, frequentemente tensionadas pela jurisprudência dos tribunais estaduais e, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

A problemática ganha especial relevo diante do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, durante certo período, considerou inconstitucional a nomeação de pessoas estranhas à carreira da Advocacia Pública para o exercício da função de Procurador-Geral Municipal. Contudo, em momento recente, observa-se uma inflexão nesse entendimento, com decisões que passam a reconhecer a competência dos municí-

2 Importa destacar que, embora neste trabalho se adote o termo Procurador-Geral Municipal como referência principal, tal designação tem finalidade exclusivamente terminológica e de padronização textual. Compreende-se, portanto, que a expressão abrange quaisquer cargos ou funções equivalentes no âmbito da estrutura jurídica municipal, tais como “Secretário de Procuradoria”, “Assessor jurídico-chefe”, “Chefe do Departamento Jurídico”, ou denominações análogas que impliquem atribuições de direção, chefia ou assessoramento jurídico no município.

pios para estruturar livremente suas procuradorias, inclusive quanto à designação de sua chefia. Essa mudança interpretativa, amparada na ideia de que o município dispõe de autonomia política, administrativa e normativa para organizar sua administração conforme suas peculiaridades (art. 18 e 30 da CF/88), encontra respaldo também na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, a presente pesquisa tem por finalidade analisar, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da nomeação em comissão, e desvinculada dos quadros efetivos, para o cargo de Procurador-Geral Municipal, no contexto do Estado de São Paulo. Metodologicamente, a pesquisa adota uma abordagem jurídica centrada na análise da legislação, doutrina, documentos históricos, como os anais da constituinte, e dos entendimentos jurisprudenciais. Inicialmente, será realizado um exame da repartição de competências entre os entes federativos; em seguida, abordar-se-á a jurisprudência do TJSP e do STF acerca da possibilidade de nomeação comissionada para o cargo em questão. Por fim, a análise se concentrará nas repercussões políticas e institucionais da escolha do Procurador-Geral Municipal.

2. FEDERALISMO E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA AUTONOMIA.

Para que se compreenda a legitimidade constitucional da livre nomeação para o cargo de Procurador-Geral Municipal, é imprescindível perquirir o modo como se distribuem as competências no pacto federativo brasileiro. O modelo adotado pela Constituição de 1988 estrutura-se sob a lógica da autonomia dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurando-lhes autoadministração, autolegislação e autogoverno. Essa autonomia, no plano jurídico-administrativo, expressa-se principalmente pela repartição de competências, instrumento fundamental que delimita as matérias sobre as quais cada ente pode legislar e administrar. Assim, a análise da capacidade normativa e organizacional dos municípios torna-se etapa essencial para verificar a constitucionalidade da livre nomeação para funções jurídicas de direção no âmbito local.

Por se tratar de um Estado Federal³, o Brasil condiciona o exercício das atividades públicas a diferentes entes, sendo necessário demarcar autonomia a estes entes. A está figura da distribuição de poderes se dá o nome de “repartição de competências”, fundamento essencial de um Estado Federal⁴. A repartição de competências consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ente a capacidade legislativa e administrativa de uma matéria que lhe seja própria⁵. Nesse sentido, o texto constitucional não deixou

3 O federalismo, como categoria do Direito Constitucional, tem sua origem histórica na Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e funda-se na união de entes dotados de autonomia político-constitucional. Trata-se, portanto, de uma forma de Estado estruturada sobre a coexistência coordenada de coletividades públicas autônomas, conforme conceituação clássica de Silva Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 477.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 478.

5 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 729.

faltar a disciplina, estabelecendo uma série de previsões sobre competências legislativas e administrativas atribuídas aos entes formadores da República Federativa.

Nos ensinamentos do Constitucionalista José Afonso da Silva, a carta outubrina de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e princípios, bem como, competências comuns e concorrentes⁶. A título exemplificativo, o art. 22 da Constituição Federal elenca as matérias de competência legislativa privativa da União, cabendo exclusivamente ao Congresso Nacional deliberar sobre tais temas. Por sua vez, o art. 23 trata das competências administrativas comuns entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecendo uma atuação cooperativa entre os entes federativos. Já o art. 30 dispõe sobre as competências legislativas e administrativas dos Municípios, conferindo-lhes a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local, bem como de suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Nesse contexto, impende questionar: quais competências restam atribuídas, de forma específica, aos Estados-membros pela Constituição de 1988?

Pois bem:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados **as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição**⁷

A competência atribuída aos Estados-membros denomina-se “competência residual”, ou “competência remanescente”, de modo que é de livre iniciativa do Estado-membro deliberar sobre tudo aquilo que a Constituição não o restringiu. É por isso que, por exemplo, por não tratar do cargo de Procurador-Geral do Estado, a Constituição Federal permite que cada Estado-membro, respeitando os princípios básicos nela estabelecidos, defina seu próprio regime para a Procuradoria Estadual:

Tradicionalmente, os Estados permaneciam com as competências que não eram conferidas à União. Como os Municípios foram erigidos a entes federativos, as competências estaduais passaram não só a ser comprimidas por cima, mas também por baixo. **Atualmente, cabem aos Estados as competências que não se incluem entre as competências que a Constituição confere, explicita ou implicitamente, à União ou aos Municípios** (grifos nossos)⁸.

Além da competência residual, os Estados possuem ainda aquilo pode denominar-se de “Poder Constituinte decorrente”, e este consiste na capacidade atribuída a esses entes para elaborarem suas próprias Constituições. Trata-se de um poder derivado, subordinado e condicionado, que só existe porque a Constituição Federal de 1988 o reconhece como expressão institucional da autonomia federativa. Diferentemente do Poder

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 477.

7 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

8 MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010, p. 228. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/173096>. Acesso em: 11 jan. 2025.

Constituinte Originário, ilimitado e instaurador da ordem jurídica, o poder decorrente é estruturalmente vinculado à Constituição Federal e deve respeitar tanto os limites expressos (como princípios sensíveis, normas gerais e regras explícitas de repartição de competências) quanto os limites implícitos, resultantes de princípios e preceitos dispersos pelo texto constitucional⁹.

Em razão disso, a repartição de competências configura-se como elemento estruturante, garantindo que, mesmo diante da centralidade política exercida pela União, os demais entes federativos preservem autonomia legislativa e administrativa, nos estritos limites definidos pela Constituição. No caso brasileiro, tal característica assume especial relevância em virtude da extensão territorial do país e da heterogeneidade de suas demandas regionais e locais. Nesse contexto, destaca-se como peculiaridade do federalismo brasileiro o reconhecimento constitucional dos Municípios como entes federativos autônomos, o que constitui exceção no direito comparado. A Constituição de 1988 inovou ao incorporar os Municípios como participantes da unidade Federal¹⁰, consagrando sua auto-organização por meio do art. 29, determinando a todos municípios que elaborem sua Lei Orgânica¹¹.

O federalismo brasileiro distingue-se por sua feição cooperativa¹², modelo segundo o qual determinados temas são objeto de competência compartilhada entre os entes federativos, visando assegurar a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Essa lógica de colaboração institucional encontra expressão no art. 30, inciso II, da Constituição Federal, que atribui aos Municípios a prerrogativa de suplementar a legislação federal e estadual, sempre que necessário à adequada regulamentação de interesses locais. Sobre a matéria, é pertinente a assertiva de Moacir da Dores:

É o caso do à educação. Enquanto direito social, ele integra os direitos fundamentais do homem, não podendo ser concebido como uma norma programática. Vincula o Estado - em nível federal, estadual, distrital e municipal - a garantir sua aplicação de forma imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da Carta Magna¹³.

Estabelecidas as distinções fundamentais quanto às competências dos entes federativos, impende formular a indagação central que orienta o presente estudo: possui o

9 ANACLETO, Sidraque David Monteiro. *Simetria e poder constituinte decorrente*. In: Os novos movimentos: modernidade e ecologia. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [s.d.]. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/604_arquivo.pdf. Acesso em: 20 nov. 2025.

10 Em que pese a novidade ser aceita por boa parte de constitucionalistas, José Afonso da Silva possui uma crítica contundente quanto ao município ser considerado um ente da federação, *in verbis*: Essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integra o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Cf SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 474-475.

11 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

12 Nesse modelo, as atribuições serão exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto. Assim, modernamente, percebe-se, cada vez mais, uma gradativa substituição do federalismo dual (separação rígida entre União e Estado) pelo cooperativo. LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 627.

13 DORES, Moacir das. *O federalismo educacional brasileiro: o papel dos municípios*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015, p. 35. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/8639>. Acesso em: 13 jan. 2025

Município legitimidade constitucional para estruturar autonomamente sua Procuradoria? Estaria ele vinculado, de forma simétrica, às disposições da Constituição Estadual quanto à organização da respectiva instituição jurídica? E, por fim, deteria o Estado-membro competência legislativa, decorrente do seu Poder Constituinte para disciplinar a matéria em âmbito local? Essas questões foram, em boa medida, enfrentadas e resolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, após alguns impasses judiciais entre os Municípios paulistas e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Não obstante, para que se compreenda a consolidação da jurisprudência da Corte Suprema, faz-se imprescindível revisitar a evolução interpretativa do TJSP, identificando os fundamentos que sustentaram, por longo período, a recusa à autonomia normativa municipal no tocante à organização de sua estrutura jurídica própria.

3. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LIVRE NOMEAÇÃO.

Durante considerável período, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou entendimento no sentido de que o cargo de Procurador-Geral do Município deveria ser necessariamente ocupado por integrante da carreira da Advocacia Pública, ou seja, por servidor efetivo, aprovado em concurso público. Exemplo emblemático dessa orientação jurisprudencial encontra-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2052119-40.2019.8.26.0000, de 2019, ajuizada contra o Presidente da Câmara Municipal e o Prefeito de Ribeirão Preto, em virtude da suposta inconstitucionalidade de diversos cargos comissionados instituídos no âmbito municipal.

Na ocasião, questionou-se, dentre outras questões, a validade do art. 4º da Lei Complementar nº 7, de 1997, que previa a livre nomeação e exoneração do Procurador-Geral do Município, subordinado diretamente ao Prefeito. Referida norma exigia do indicado notável saber jurídico, reputação ilibada e, preferencialmente, experiência em distintas áreas da Administração Pública Municipal. Contudo, a ausência de exigência de vínculo funcional com a carreira de procurador, associada ao caráter político do provimento, foi interpretada pelo Tribunal de Justiça como incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da profissionalização da Advocacia Pública, entendidos como corolários da autonomia institucional e da estabilidade dos quadros efetivos da Administração.

A argumentação do Ministério Público, no que se refere à inconstitucionalidade, baseava-se na premissa de que as funções de assessoria, consultoria e representação jurídica nos Municípios devem ser atribuídas exclusivamente aos profissionais da carreira da advocacia pública, investidos mediante aprovação em concurso público. Assim, a nomeação de um “estranho aos quadros da advocacia pública” para o cargo de Procurador-Geral do Município, ou equivalente, configuraria um vício flagrante de inconstitucionalidade.

A decisão proferida pelo tribunal reflete essa linha de raciocínio, sustentando que a atribuição de uma função essencial à advocacia pública a alguém sem vínculo com a carreira viola princípios constitucionais fundamentais, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Inúmeras Leis Complementares do Município de Ribeirão Preto que desde 1993 criaram cargos comissionados para atribuições inerentes à chefia, direção e assessoramento - Alegação de inconstitucionalidade pela ausência de especificação dessas atribuições no corpo da lei e compatíveis com as respectivas atividades, vulnerando preceitos da Constituição Bandeirante – **CARGOS COMISSIONADOS** Exigência na Constituição Federal, com reprodução obrigatória nos Estados e Municípios, da criação de cargos para assessoramento, chefia ou direção somente para o exercício de atribuições de alta complexidade ou de efetiva supervisão, sob pena de mera dissimulação para afastar a exigência de concurso público de provas e títulos, bem como desvio do princípio da eficiência protagonizado pela EC-19/1998 que deu ensejo à reorganização administrativa nos órgãos do Poder Público Determinação, ainda, do Supremo Tribunal Federal ao atribuir repercussão geral no RE-1041210/SP (Tema 1010) para exigência de justificativa para criação de cargos comissionados, com clareza na necessidade da relação de confiança - **Constatação nas leis impugnadas que, à exceção dos cargos de Procurador Geral do Município e Procurador Geral Adjunto do Município, todos os outros impugnados não preencheram os requisitos constitucionais CARGOS JURÍDICOS** Atividades de advocacia pública, inclusive de assessoria e consultoria, e respectivas chefias/diretorias, que devem ser reservadas para profissionais de carreira, submetidos ao crivo do concurso público Precedentes - Circunstância em que no IRDR nº 2229223-53.2018.8.26.0000, julgado em 06/02/2019 no Colendo Órgão Especial do TJSP, ficou registrada a tese jurídica adotada pelo colegiado sobre a **impossibilidade de chefia ou direção das atividades da procuradoria municipal por pessoa estranha à carreira Dispositivos impugnados que vulneram os artigos 98, 99, 100, 111 e 144 da Constituição Estadual Inconstitucionalidade parcial da LC 710/1997, sem redução de texto, para restringir a ocupação dos cargos por servidores da carreira da Procuradoria Municipal, egressos de concurso público [...]** (grifos nossos)

O voto do relator, nesse sentido, reconheceu a inconstitucionalidade da maioria dos cargos comissionados criados pela norma. Com base no entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1010¹⁴, afirmou que cargos comissionados só são admissíveis quando destinados a funções de direção, chefia ou assessoramento, com atribuições previstas em lei e sustentadas por relação de confiança. Apenas os cargos de Procurador-Geral e Procurador-Geral Adjunto foram considerados compatíveis com tais exigências, desde que ocupados por integrantes da carreira. A decisão determinou a reestruturação da legislação municipal em 120 dias, com modulação dos efeitos para preservar a continuidade dos serviços públicos.

Pois bem.

14 O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 1041210/SP, com repercussão geral reconhecida (Tema 1010), fixou a tese de que “a criação de cargos em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais é inconstitucional, sendo legítima apenas quando se destinarem a atribuições de direção, chefia ou assessoramento, desde que exista relação de confiança e as atribuições estejam descritas de forma clara na lei que os institui”.

Em linha com esse posicionamento, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2223301-89.2022.8.26.0000, datada do ano de 2022 e proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, versou sobre a constitucionalidade do cargo de “Assessor Especial da Secretaria de Justiça na Procuradoria”, instituído no âmbito do Município de Itu. A controvérsia concentrou-se, mais uma vez, na indevida atribuição de funções típicas da Advocacia Pública, notadamente a consultoria, o assessoramento e a representação judicial, a ocupantes de cargos comissionados ou a servidores estranhos aos quadros da Procuradoria Municipal.

Na oportunidade, o Tribunal reiterou a orientação de que o desempenho de tais atribuições exige, como condição constitucional indispensável, a prévia aprovação em concurso público específico, com ingresso formal na carreira da Advocacia Pública. Essa exigência encontra fundamento direto nos arts. 131, § 2º, e 132 da Constituição Federal, os quais conferem às Procuradorias jurídicas a competência exclusiva para exercer a representação judicial e extrajudicial, bem como o assessoramento jurídico dos respectivos entes federados, por meio de servidores integrantes de carreira estruturada e estável.

A jurisprudência do TJSP, portanto, consolidou-se no sentido de que a investidura em cargos com atribuições próprias da Advocacia Pública deve observar rigorosamente os princípios da legalidade, da impessoalidade e do concurso público, sendo vedada a designação discricionária de agentes alheios à carreira, ainda que revestida de qualificação técnica ou reputação ilibada. Trata-se de interpretação que visava resguardar a autonomia técnica da função e a institucionalidade da atuação jurídica estatal, em consonância com o modelo constitucional de profissionalização do serviço público:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

(...)

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, **na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.** (grifos nossos)

Nesse cenário, invocava-se o “Princípio da Simetria”¹⁵; o raciocínio subjacente seria o de que, se a Constituição da República estabelece que as funções de assessoria, consultoria e representação jurídica devem ser desempenhadas por advogados recrutados

15 Conforme alegado pelo Procurador-Geral do Estado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2052119-40.2019.8.26.0000, os dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo que regulam a advocacia pública devem ser obrigatoriamente reproduzidos pelos Municípios, por força do princípio da simetria. Sustentou-se, nas fls. 285/290, que a organização jurídica municipal não poderia afastar-se do modelo previsto no âmbito estadual, especialmente no tocante à estruturação da função essencial à justiça e à exigência de carreira própria para o exercício da representação judicial e consultoria jurídica.

mediante concurso público, e se a Constituição Paulista determina que o provimento do cargo de Procurador-Geral do Estado deve recair sobre integrante da carreira, então, em virtude da simetria, os Municípios estariam obrigados a seguir linha equivalente.

Ensinam Paulo Gonet e Gilmar Mendes¹⁶ que o princípio da simetria tem servido, sobretudo, de fundamento para que se declarem inválidas leis estaduais que resultam de projeto apresentado sem observância do sistema federal de reserva de iniciativa, aludindo ainda para o fato de que são diversos os casos de declaração de inconstitucionalidade de diplomas normativos locais por vício dessa ordem.

No mesmo sentido:

Ante a indefinição daquela Corte quando à fixação de um sentido uniforme para o princípio da simetria, a doutrina constitucional, a pretexto de lhe engendrar um significado, **associou a ideia de que os Estados, quando no exercício de suas competências autonômicas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos, em princípio, não lhes digam respeito por não lhes terem sido diretamente endereçados.** (grifos nosso)¹⁷

Mesmo que não endereçado ao Município, por este princípio, cabe a ele “se auto endereçar”. A tese é convincente; se a Constituição estabelece, que as funções, alhures mencionadas, devem ser desempenhadas por advogados recrutados por meio de concurso público, e se a Constituição Paulista determina que o provimento do cargo de Procurador-Geral Estadual deve ocorrer por meio de nomeação de advogado pertencente aos quadros públicos, então, de forma simétrica, os Municípios estariam obrigados a adotar entendimento similar¹⁸.

Ocorre que, ainda na ADI nº 2052119-40.2019.8.26.0000, começava-se um esboço para futura mudança de entendimento, os votos vencidos (os que constam declaração) proferidos pelos Desembargadores Ferreira Rodrigues, Soares Levada e Evaristo dos Santos, formam uma corrente minoritária, mas, coerente, e sustentavam que o cargo de Pro-

16 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 742.

17 LEONCY, Léo Ferreira. “Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 10. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-143741/publico/Tese_Leo_Ferreira_Leoncy_integral.pdf; Acesso em: 20 nov. 2025.

18 Importa destacar que, embora o Estado de São Paulo, nos termos do art. 100, parágrafo único, de sua Constituição Estadual, imponha ao Chefe do Poder Executivo a obrigatoriedade de nomear o Procurador-Geral do Estado dentre os integrantes da carreira da Procuradoria, outros entes federados adotam modelos menos restritivos, permitindo a nomeação de profissionais estranhos aos quadros efetivos da Advocacia Pública estadual. Tal é o caso, por exemplo, do Amapá (art. 153, §2º), cuja constituição faculta ao Governador a livre nomeação do Procurador-Geral, ainda que com preferência por membros da carreira; da Bahia (art. 141), que admite a escolha dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, mediante aprovação da Assembleia Legislativa; do Ceará (art. 153), que exige apenas que o nomeado possua, no mínimo, dez anos de prática forense e reputação ilibada; do Paraná (art. 126), que prevê nomeação livre, com preferência não vinculante por integrantes da carreira; e de Santa Catarina (art. 103), que exige apenas nacionalidade brasileira, idade mínima de trinta e cinco anos, inscrição na OAB e reputação ilibada. Esse modelo aproxima-se, em termos estruturais, da sistemática adotada pela União, prevista no art. 131, §1º, da Constituição da República, que confere ao Presidente da República ampla margem de discricionariedade para nomear o Advogado-Geral da União, sem necessidade de vínculo com a carreira da Advocacia-Geral da União.

curador-Geral do Município não está sujeito a reserva de carreira, podendo ser preenchido livremente pelo Chefe do Executivo. O argumento central, comum aos três votos, parte da comparação com o modelo federal: o Advogado-Geral da União é de livre nomeação, conforme o art. 131 da Constituição, exigindo notável saber jurídico e reputação ilibada. Se a própria Constituição admite que a mais alta autoridade da advocacia pública da União não seja oriunda da carreira, não haveria fundamento para exigir, nos municípios, requisito mais rígido do que aquele imposto ao Executivo Federal:

Se a Constituição Federal **garante ao ente municipal ampla autonomia para criação de sua procuradoria jurídica, não teria sentido a legislação estadual estabelecer que, no exercício dessa autonomia, o Município deve adotar, obrigatoriamente, o mesmo modelo da Procuradoria do Estado**, daí porque fica afastada essa suposta imposição, mesmo que se tente argumentar com o princípio da simetria (grifos nossos).

E a partir dessa lógica, a divergência concluiu que normas municipais que autorizam a livre nomeação do Procurador-Geral são compatíveis com a Constituição, pois preservam o espaço decisório do Executivo. Sem prejuízo de terem sido vencidos, essa argumentação parece ser aquilo que mais tarde traria clareza ao tema. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236348-67.2021.8.26.0000 o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou novamente o tema, abordando a constitucionalidade do cargo em comissão de chefia da procuradoria no Município de Bom Jesus de Pirapora. Em contraste com os entendimentos anteriores, decidiu a corte pela improcedência da ação, reconhecendo a constitucionalidade do cargo, consolidando uma nova interpretação sobre a questão, possibilitando a nomeação para o cargo de Procurador-Geral Municipal sem a necessidade de vinculação estrita aos quadros da advocacia pública.

A Lei Complementar nº 164/2015 do município em questão, em seu art. 9º previa que o cargo de cargo público Procurador-Geral do Município, seria de comissionado, de livre nomeação e exoneração do Prefeito, o que, se seguida jurisprudência já estabelecida, seria inconstitucional, todavia, o entendimento foi alterado:

Por um lado, as normas constitucionais destacadas referem-se especificamente aos Advogados da União e Procuradores dos Estados, preservando neste aspecto a prerrogativa de autoorganização dos Municípios conforme art. 29 da Constituição Federal. Por outro, mesmo no contexto do art. 131 da Carta Magna o cargo de Advogado-Geral da União é expressamente destacado como de livre nomeação pelo Chefe do Executivo, não se podendo tomar norma municipal ou estadual equivalente por inconstitucional tão somente por este motivo¹⁹.

Desse modo, conforme se depreende dos fundamentos expostos, a interpretação conjugada da Constituição Federal e da Constituição do Estado de São Paulo conduziu ao entendimento de que não subsiste óbice constitucional à opção dos Municípios por estru-

19 BRASIL. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236348-67.2021.8.26.0000*. Relatora: Des. Luciana Bresciani. Julgada em: 20 abr. 2022. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 2 maio 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2025.

turar a chefia da Procuradoria Municipal como cargo de livre nomeação. Tal prerrogativa decorre diretamente da autonomia organizacional conferida aos entes federativos, em consonância com o princípio do federalismo cooperativo, que valoriza a descentralização político-administrativa. Ademais, verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu na mesma direção, como será demonstrado no tópico seguinte.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTITUCIONALIDADE DA ESTRUTURAÇÃO DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS.

No início de 2024, o tema recebeu aquilo que pode ser considerado um marco de pacificação interpretativa. Dois julgados sucessivos, um proferido em março e outro no mês seguinte, enfrentaram diretamente a controvérsia e consolidaram os limites constitucionais aplicáveis à matéria. Tratam-se do Agravo Regimental no ARE 1.465.818 (ES) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.331, ambos dotados de significativa repercussão na conformação do entendimento hoje predominante no âmbito da Suprema Corte. No primeiro caso, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo ajuizou Ação Civil Pública em desfavor do Município de Santa Teresa, alegando inconstitucionalidade na nomeação comissionada do Procurador-Geral Municipal, bem como na investidura de procuradores municipais sem prévia aprovação em concurso público, o que, segundo o órgão ministerial, violaria os artigos 131 e 132 da Constituição Federal. A defesa do Município alegou que a simetria com os modelos federal e estadual de Advocacia Pública não se estende de forma obrigatória aos entes municipais. Argumentou-se, ademais, que a autonomia municipal, prevista nos artigos 18 e 29 da Constituição, confere liberdade para definir a estrutura e o provimento de seus cargos jurídicos, à luz das necessidades locais.

À luz disto, o relator do caso, Alexandre de Moraes, sustentou que os arts. 131 e 132 da Constituição Federal, que disciplinam a Advocacia Pública da União e dos Estados, não se aplicam aos municípios, inexistindo obrigação constitucional de que estes adotem estrutura própria de procuradoria ou de que promovam o provimento desses cargos exclusivamente por concurso público. A partir dessa premissa, o ministro concluiu que a fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, especialmente a ideia de que o município deveria replicar o modelo estadual por força do princípio da simetria, não encontra respaldo na Constituição.

Nesse sentido, a autonomia municipal permite que cada ente organize sua estrutura administrativa interna, inclusive a prestação de sua assessoria jurídica, da forma que considerar mais adequada, com a possibilidade de criação de cargos em comissão para funções jurídicas de direção ou assessoramento. Assim, não haveria, vício de inconstitucionalidade na nomeação de Procurador Municipal-Geral por meio de cargo em comissão, tampouco na ausência de concurso público para essa designação específica:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADVOCACIA PÚBLICA. ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPOSITIVOS QUE NÃO SÃO DE OBSERVÂN-

CIA OBRIGATÓRIA PELOS MUNICÍPIOS. PROCURADOR MUNICIPAL. NOMEAÇÃO POR CARGO EM COMISSÃO. POSSIBILIDADE. 1. **A jurisprudência reiterada desta CORTE firmou-se no sentido de que as normas veiculadas nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal não são de observância obrigatória pelos Municípios.**

2. A Constituição Federal dispõe expressamente sobre as hipóteses em que o legislador municipal deve observância obrigatória aos ditames da Constituição Estadual, como fez nos incisos VI, IX e X, do art. 29 da Constituição Federal. **Portanto, não estando a organização da advocacia pública inserida nas hipóteses estabelecidas no art. 29, da Constituição Federal, não há que se falar em inconstitucionalidade na nomeação para o exercício do cargo em comissão de Procurador Municipal.**

3. Agravo Interno a que se nega provimento. (grifos nossos)

O Supremo Tribunal Federal, ao consolidar entendimento no sentido de que os Municípios não estão vinculados, obrigatoriamente, aos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, e de que é constitucional a nomeação comissionada para o cargo de Procurador-Geral Municipal, aparentemente resolveu um impasse interpretativo que, especialmente no Estado de São Paulo, vinha alimentando reiterados embates entre Ministérios Públicos estaduais e administrações municipais. No entanto, tal solução acabou por ensejar novos questionamentos jurídicos relevantes. Se os Municípios não estão adstritos às regras estruturantes da Advocacia Pública federal e estadual, poderiam, então, prescindir do concurso público para prover todos os cargos de sua procuradoria²⁰? Ou ainda, seria legítima a terceirização integral do serviço jurídico mediante a contratação de sociedade de advogados por processo licitatório?

A resposta definitiva viria um mês depois, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.331, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Nesta oportunidade, o Supremo analisou a constitucionalidade do artigo 81-A, §1º *in fine* e §3º, da Constituição do Estado de Pernambuco, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2019, que determinava a obrigatoriedade de os municípios instituírem procuradorias jurídicas para a prestação de consultoria, assessoramento e representação judicial, facultando-lhes a escolha entre prover os cargos por concurso público ou mediante contratação de sociedade de advogados, desde que por licitação.

O Procurador-Geral da República, autor da ação, sustentou que a possibilidade de delegar a função pública de advocacia estatal a particulares, por mais que submetidos a licitação, violaria frontalmente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, caput, da CF), além de desfigurar a natureza institucional da Advocacia Pública como função essencial à justiça.

20 Ora, se não cabe ao Município a observância dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, dispositivos que tratam exclusivamente da Advocacia Pública da União e dos Estados, então qualquer exigência de provimento efetivo ou de concurso público para cargos jurídicos municipais carece de fundamento constitucional. Nesse contexto, a eventual nomeação de qualquer Procurador Municipal por cargo em comissão revela-se válida.

Argumentou, ainda, pela necessidade de reconhecer-se a obrigatoriedade de criação das procuradorias jurídicas municipais, a fim de impedir a fragilização da defesa judicial dos entes federativos e o comprometimento da juridicidade das políticas públicas locais. Após minuciosa análise do caso, a corte julgou parcialmente procedente a ação adotando o seguinte entendimento:

- i. conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 81-A, caput, da Constituição do Estado de Pernambuco, no sentido de que a **instituição de Procuradorias municipais depende de escolha política autônoma de cada município, no exercício da prerrogativa de sua autoorganização, sem que essa obrigatoriedade derive automaticamente da previsão de normas estaduais;**
- ii. declarar a inconstitucionalidade do § 1º e do § 3º art. 81-A da Constituição do Estado de Pernambuco, tendo em vista que, **feita a opção municipal pela criação de um corpo próprio de procuradores, a realização de concurso público é a única forma constitucionalmente possível de provimento desses cargos (art. 37, II, da CRFB/88),** ressalvadas as situações excepcionais situações em que também à União, aos Estados e ao Distrito Federal pode ser possível a contratação de advogados externos, conforme os parâmetros reconhecidos pela jurisprudência desta Corte. (grifos nossos)²¹

Assentou o tribunal que é facultado aos Municípios instituírem suas procuradorias jurídicas, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 132, impõe tal obrigatoriedade apenas à União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, silenciando quanto aos entes municipais. Dessa forma, não apenas inexistente imposição constitucional para a criação das procuradorias no âmbito municipal, como também se revela inconstitucional qualquer tentativa, por parte dos Estados, de impor tal obrigação aos Municípios, sob pena de violação à autonomia político-administrativa e à competência de auto-organização prevista no artigo 18 da Carta Magna.

Nesse cenário, cabe exclusivamente ao Município a deliberação política sobre a conveniência e a oportunidade de instituir —ou não— sua estrutura de advocacia pública. Optando por não instituí-la, é plenamente legítima a contratação de serviços jurídicos por meio de sociedade de advogados, desde que respeitados os ditames do processo licitatório e os princípios que regem a Administração Pública. Por outro lado, caso opte pela criação formal de uma Procuradoria Municipal, o ente deve observar os parâmetros constitucionais pertinentes, em especial a obrigatoriedade de provimento dos cargos efetivos mediante concurso público.

Não obstante, conforme já assentado pela Suprema Corte, tal exigência não se aplica ao cargo de Procurador-Geral do Município, que poderá ser comissionado, inclusive mediante livre nomeação pelo Prefeito, ou ocupado por servidor de carreira, desde que haja previsão expressa na legislação local.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.331*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 9 abr. 2024. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/arquivos/2024/decisao-stf-adi-6331>. Acesso em: 11 jan. 2025.

5. LIVRE NOMEAÇÃO E ESCOLHA POLÍTICA: A DELIBERAÇÃO CONSTITUINTE SOBRE A CHEFIA DA ADVOCACIA PÚBLICA

Do ponto de vista jurídico, é insofismável o reconhecimento de que o município detém discricionariedade para instituir, ou não, sua respectiva procuradoria jurídica. E, uma vez optando por sua criação, igualmente lhe é facultado conferir à chefia da instituição, o cargo de Procurador-Geral do Município, natureza comissionada, sujeita à livre nomeação pelo Prefeito. Tal prerrogativa encontra respaldo no pacto federativo delineado pela Constituição Federal de 1988, cujos dispositivos que regulam a estruturação da Advocacia Pública estadual e federal não impõem, de forma vinculante, obrigações organizacionais aos entes municipais, como reiteradamente assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

À luz dessa constatação normativa, impende analisar, sob enfoque estritamente político-institucional, quais fatores levariam o legislador municipal a optar por modelar o cargo de Procurador-Geral como de livre nomeação, e, por conseguinte, o próprio Chefe do Executivo local a preferir a escolha discricionária de um nome externo à carreira de advogados públicos, quando existente. Tal reflexão, cumpre ressaltar, não assume natureza prescritiva, tampouco busca recomendar a superioridade de um modelo sobre outro. Trata-se, unicamente, de delinear os possíveis fundamentos políticos que orientam essa prática, notadamente à luz da liberalidade conferida aos entes subnacionais pelo constituinte originário.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 estabeleceu, de modo inequívoco, que o Advogado-Geral da União — autoridade máxima da Advocacia Pública no plano federal — seria nomeado livremente pelo Presidente da República (art. 131, §1º), consagrando, assim, o caráter político do cargo. A razão de ser dessa escolha repousa na compreensão de que a atuação do AGU demanda, além de notório saber jurídico e reputação ilibada, alinhamento institucional e afinidade estratégica com as diretrizes do Executivo federal. O constituinte, portanto, vislumbrou na livre nomeação um mecanismo de preservação da unidade de ação governamental e de fortalecimento do assessoramento jurídico direto ao Chefe de Governo.

Desse modo, a replicação desse modelo no âmbito municipal pode ser compreendida como reflexo de uma racionalidade institucional mais ampla, em que se busca assegurar ao gestor público a prerrogativa de estruturar sua equipe jurídica conforme critérios de confiança política e afinidade programática, sem prejuízo das exigências de qualificação técnica e responsabilidade administrativa. Ao estabelecer, em seu artigo 131, §1º, que o AGU será nomeado livremente pelo Presidente da República, dentre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, o constituinte consagrou a ideia de que a chefia da Advocacia de Estado, no plano federal, deve estar em consonância direta com a orientação política do Chefe do Executivo. Trata-se de uma escolha institucional que revela não apenas a centralidade do AGU como assessor jurídico do Presidente, mas também a sua condição de agente de confiança na articulação jurídico-política da administração pública.

Os debates travados na Assembleia Nacional Constituinte de 1987–1988 foram decisivos para a concepção da Advocacia-Geral da União (AGU) como função essencial à Justiça, com identidade própria e separada do Ministério Público. Na 153ª Sessão Plenária da ANC, realizada em 2 de setembro de 1987²², ficou evidente que uma das principais motivações para a criação da AGU era pôr fim à situação institucional considerada anômala e disfuncional, na qual o Ministério Público Federal acumulava, de forma incompatível com sua missão constitucional, a dupla função de fiscal da lei e representante judicial da União. Tal acúmulo, segundo diversos constituintes, compromete a imparcialidade, a independência e a credibilidade do Ministério Público, que, ao atuar como advogado do governo federal, tornava-se parte interessada nos litígios em que deveria zelar pela legalidade abstrata e pela defesa dos interesses difusos da sociedade. A nova estrutura da Advocacia Pública foi concebida, assim, como um desdobramento da lógica de fortalecimento das instituições republicanas e da separação entre as funções estatais, garantindo maior coerência entre atribuições jurídicas e a natureza institucional dos órgãos envolvidos. Ao transferir para a AGU a representação judicial e a consultoria do Poder Executivo, a Constituição visou assegurar a especialização técnica e a fidelidade funcional da advocacia do Estado à vontade governamental, sem prejuízo da legalidade.

Nesse contexto, entendeu-se que o chefe da AGU, deveria ocupar posição de confiança direta do Presidente da República, atuando como seu intérprete jurídico primário e conselheiro institucional, à semelhança dos ministros de Estado. A prerrogativa de livre nomeação — prevista expressamente no §1º do art. 131 da Carta de 1988 — foi defendida como um instrumento necessário para garantir unidade de ação entre os fundamentos jurídicos da Administração e as diretrizes políticas do governo eleito, rejeitando a ideia de submeter o cargo à aprovação do Senado ou vinculá-lo à carreira de Estado.

Tal solução refletia não apenas o compromisso com a profissionalização da função, mas também o entendimento de que, ao contrário do Ministério Público, alçado à condição de defensor autônomo dos interesses sociais, a AGU deveria operar como órgão de Estado inserido na estrutura do Executivo, subordinado hierarquicamente ao Chefe de Governo. A proposta, nesse sentido, consolidou uma nova engenharia institucional que visava não só corrigir distorções herdadas do regime autoritário, como também conferir maior racionalidade ao funcionamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

A dissertação de Marcos D’Avino Mitidieri²³, aprofunda essa perspectiva, ao ressaltar que o modelo de investidura atual — por nomeação direta e exoneração *ad nutum* — assemelha-se ao dos Ministros de Estado, evidenciando o caráter eminentemente político do cargo. Segundo o autor, a forte vinculação do AGU ao Executivo federal compromete,

22 **BRASIL.** Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). 153ª Sessão Plenária da 16ª Reunião, realizada em 2 de setembro de 1987. In: **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 6. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N009.pdf#:~:text=O%20SR,ainda%20as%20fun%C3%A7%C3%B5es%20de%20consultoria>. Acesso em: 7 jun. 2025.

23 MITIDIERI, Marcos D’Avino. A nomeação e a exoneração do Advogado-Geral da União: mantê-las à livre escolha presidencial ou deixá-las a cargo de outrem? 2016. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/bitstream/handle/123456789/16324>. Acesso em: 7 jun. 2025.

por vezes, sua autonomia funcional, sobretudo quando se exige a mediação jurídica de interesses entre diferentes órgãos da União, como o Legislativo, o Judiciário e os entes de controle. Ainda assim, a opção pela livre nomeação revela-se coerente com a lógica mencionada nos debates da constituinte, em que a eficiência decisória e a unidade política da administração são princípios estruturantes.

Essa racionalidade institucional tem repercussões evidentes no plano municipal. Embora os municípios não estejam vinculados a um modelo constitucional específico para a estruturação de suas procuradorias, o paralelo com o arranjo federal é frequentemente adotado como referência normativa e organizacional. A possibilidade de o prefeito nomear livremente o Procurador-Geral do Município encontra respaldo nessa tradição institucional, fundada na ideia de que a chefia da advocacia pública local deve refletir a confiança política do chefe do Executivo. Tal prerrogativa não se contrapõe ao princípio da legalidade, desde que observados os requisitos mínimos de qualificação técnica e integridade moral, que garantam a competência funcional e a probidade administrativa do nomeado.

Impende destacar que, no plano federativo, a Constituição assegura autonomia política, administrativa e financeira aos entes municipais (art. 18, CF/88), conferindo-lhes margem de liberdade para definir, nos limites da lei orgânica local, a forma de provimento e as atribuições dos cargos que integram sua estrutura jurídica. Assim, a nomeação discricionária do Procurador-Geral pode ser compreendida como instrumento de alinhamento institucional, destinado a garantir a coesão estratégica da atuação governamental no campo jurídico, sobretudo em contextos que exigem resposta célere, unificada e constitucionalmente orientada.

Destarte, o modelo adotado para a Advocacia-Geral da União não apenas fundamenta, mas também legitima, por analogia funcional, a prática administrativa de livre nomeação de procuradores-gerais nos municípios. Trata-se de uma escolha político-institucional que deve ser lida à luz dos princípios constitucionais da eficiência, da separação de poderes e da autonomia federativa, sempre tendo como contrapeso o controle jurídico e social da legitimidade e legalidade dos atos administrativos praticados.

No âmbito da Administração Pública, os atos de provimento de cargos e funções devem observar, de forma estrita, os princípios constitucionais insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição da República, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tais princípios constituem o núcleo axiológico que orienta a atuação do Estado e impõem balizas inafastáveis à sua estrutura organizacional. Nesse mesmo dispositivo, estabelece-se que o ingresso nos cargos públicos deve ocorrer, em regra, mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas de cargos em comissão e funções de confiança, destinadas, exclusivamente, às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Segundo Nohara²⁴, ao comentar a lição de Pinto Ferreira, o concurso público, consagrado no artigo 37, inciso II, da Constituição de 1988 visa consolidar o sistema do mérito (*merit system*), afastando práticas historicamente associadas ao patrimonialismo, como o nepotismo, a corrupção e o clientelismo político. Trata-se de mecanismo jurídico-institucional destinado a impedir a partilha arbitrária de cargos públicos por meio do denominado *spoils system* — sistema de despojo — em que funções estatais eram distribuídas como moeda de troca, favorecendo interesses pessoais ou partidários em detrimento do interesse público.

Para Hely Lopes Meirelles²⁵, o concurso público constitui instrumento técnico-jurídico colocado à disposição da Administração Pública com o propósito de assegurar os princípios da moralidade, da eficiência e do aperfeiçoamento do serviço público. Ao mesmo tempo, esse mecanismo propicia isonomia de oportunidades a todos os candidatos que preencham os requisitos legais para o ingresso na carreira pública, em estrita consonância com o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o provimento de cargos públicos por meio de concurso constitui verdadeiro pilar de sustentação da Administração Pública republicana, ao assegurar que o acesso às funções estatais se dê por critérios objetivos de mérito, afastando riscos de captura por interesses político-partidários e promovendo a profissionalização do serviço público. Todavia, o próprio texto constitucional, ao dispor sobre a regra do concurso público no artigo 37, inciso II, prevê expressamente exceções a essa exigência, notadamente no tocante aos cargos em comissão. Tais cargos, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, admitem provimento discricionário, considerando-se a necessidade de confiança e afinidade política para o exercício de funções estratégicas no interior da máquina estatal.

Neste sentido, Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.041.210/SP em sede de repercussão geral (Tema 1010), reafirmou que o concurso público constitui a regra matriz de acesso aos cargos públicos, sendo mecanismo imprescindível para assegurar a impessoalidade, a moralidade e a eficiência na Administração Pública. Contudo, o próprio texto constitucional excepciona essa regra ao admitir a nomeação para cargos em comissão, desde que estes se limitem às funções de direção, chefia e assessoramento. A Corte foi enfática ao advertir que o desvirtuamento dessa exceção, sobretudo com a designação de comissionados para exercer atividades técnicas, operacionais ou rotineiras, configura afronta direta à Constituição.

Em outras palavras, cargos de confiança não se prestam ao preenchimento de lacunas funcionais ou à criação de espaços de livre nomeação para fins meramente políticos, sob pena de violação à lógica meritocrática que estrutura o serviço público. Destarte, a decisão do STF confere densidade normativa à exigência de que a criação e o provimento de cargos em comissão observem não apenas a finalidade constitucional (atribuições de

24 NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. p. 636. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775934/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237.

confiança), mas também os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da transparência administrativa. A interpretação consagrada pela Corte, portanto, não invalida a figura dos cargos comissionados, mas exige rigor na sua fundamentação legal e compatibilidade com o desenho funcional da estrutura pública.

Pois bem.

Encerrado o processo eleitoral, incumbe ao chefe do Poder Executivo legitimamente eleito, em qualquer das esferas federativas, a constituição de sua equipe de governo, por meio da designação de titulares para as diversas pastas administrativas. Nesse contexto, os cargos em comissão assumem papel central, uma vez que se destinam, por sua própria natureza, às funções de direção, chefia e assessoramento no interior da estrutura estatal. Trata-se de postos que exigem não apenas qualificação técnica, mas também relação de confiança e afinidade programática com os propósitos do governo eleito:

O objetivo dos cargos comissionados aponta-se para cargos de chefia no serviço público, de natureza política, ou também, para o assessoramento da administração pública, os cargos em comissões darão suporte para a execução das funções públicas. A gestão pública poderá contratar pessoal de forma imediata ou excepcional para atender as demandas apresentadas e sem necessidade de concurso público²⁶.

Trata-se, em verdade, da equipe incumbida de concretizar o projeto político legitimado pelo sufrágio popular e incorporado ao mandato do Chefe do Executivo. Por essa razão, impede que seus membros estejam minuciosamente alinhados com os princípios, diretrizes e metas do governo empossado, sob pena de comprometer-se a efetividade e a coesão da ação governamental.

Nesse contexto, os cargos dessa natureza constituem instrumentos fundamentais para a concretização do programa de governo legitimado pelo voto popular. A nomeação de ocupantes para tais funções revela não apenas a confiança pessoal do Chefe do Executivo, mas também o compromisso com a unidade de propósitos administrativos, elemento indispensável à governabilidade. Ademais, a existência de uma equipe politicamente alinhada configura verdadeira manifestação do princípio da eficiência, expressamente consagrado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

Com efeito, a execução de políticas públicas por agentes desconectados das diretrizes governamentais comprometeria a celeridade, a racionalidade e a efetividade da ação estatal, ensejando descompassos operacionais que poderiam obstaculizar a consecução dos objetivos administrativos legitimamente definidos. No âmbito municipal, a necessidade de confiança pessoal para a nomeação de cargos em comissão adquire relevância ainda mais acentuada. As particularidades do processo político local — especialmente nos pequenos municípios²⁷ — impõem dinâmicas próprias à relação entre o Chefe do Executivo

26 ARAÚJO, Anderson de Oliveira; MOURA, Mara Águida Porfírio; VERAS, Wesley Alves. **Cargos comissionados: análise dos artigos publicados nas plataformas SciELO e LUME de 2016 a 2021.** *Anais do Congresso de Administração Pública*, 2023, p. 4. Disponível em: </mnt/data/07232023_190715_64bda32ba3fe5.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2025.

27 Até mesmo em grandes municípios, como é o caso de Recife, onde a disputa eleitoral se deu contra primos: CARTA CAPITAL. *Como João Campos venceu a acirrada disputa entre primos no Recife*. 11 jan. 2025. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/como-joao-campos-venceu-a-acirrada-disputa-entre-primos-no-recife/>. Acesso em: 12 jan. 2025.

e sua equipe de governo. Nessas localidades, é comum a existência de vínculos interpessoais mais estreitos entre os agentes públicos e os cidadãos, o que contribui para tornar o ambiente político-administrativo mais direto e, por vezes, informal.

Em tais circunstâncias, o critério da confiança política assume papel determinante na escolha dos titulares de cargos estratégicos, justamente por possibilitar ao gestor municipal a formação de uma equipe coesa, alinhada e apta a executar com eficiência o plano de governo legitimado nas urnas. Normalmente, o ambiente político nos municípios de menor porte é marcado por relações interpessoais historicamente consolidadas, nas quais o Prefeito eleito possui conhecimento direto de seus opositores, muitas vezes desde a infância — não sendo raro, inclusive, que haja vínculos de parentesco entre estes. Em tais contextos, os pleitos eleitorais tendem a assumir contornos de elevada tensão social, frequentemente permeados por rivalidades familiares, disputas comunitárias e animosidades que transcendem o campo meramente político.

Os embates retóricos e as provocações mútuas, por vezes, degeneram em confrontos mais graves, ocasionando rupturas sociais duradouras e, em casos extremos, episódios de violência com desfechos trágicos²⁸. Essas especificidades do ambiente político local evidenciam a delicadeza inerente ao processo de formação da equipe governamental no âmbito municipal, tornando ainda mais relevante a observância do critério de confiança pessoal na nomeação para cargos de direção. Um estudo publicado na SEADE²⁹ relevou que dos 645 municípios paulistas, 503 contam com menos de 50 mil habitantes. Trata-se de se uma realidade vivenciada ao menos, aproximadamente, por 77,95% dos municípios paulistas.

De fato, em localidades de menor porte, a proximidade entre as pessoas e o conhecimento mútuo tornam as interações sociais e políticas mais intensas, o que exige uma gestão mais cuidadosa e estratégica. Nesse contexto, a chefia daqueles que compartilham afinidades políticas com o gestor torna-se crucial, pois a confiança mútua facilita a implementação de políticas públicas e decisões administrativas. Portanto, ratifica-se que é necessário que os gestores comissionados estejam alinhados ao plano político do gestor, não apenas para garantir a eficiência nas ações, mas também para manter a harmonia e a coesão dentro da gestão pública.

Admitamos, a título de hipótese, a realidade do fictício Município Z — uma localidade de pequeno porte no Estado de São Paulo, com cerca de 22.549 habitantes e 14.435 eleitores registrados. Findo o processo eleitoral, o candidato “X” é legitimamente eleito

28 Em algumas localidades, a polarização política e as rivalidades pessoais atingem níveis tão agudos que resultam em desfechos trágicos, como a morte de candidatos durante o período eleitoral. Em 2020, por exemplo, ao menos 63 postulantes a cargos eletivos nas eleições municipais foram assassinados após o registro de candidatura, evidenciando a gravidade dos conflitos políticos locais. VEJA. *O número de candidatos que morreram após inscrição nas eleições municipais*. Coluna Radar, 28 out. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/o-numero-de-candidatos-que-morreram-apos-inscricao-nas-eleicoes-municipais>. Acesso em: 7 jun. 2025.

29 FUNDAÇÃO SISTEMA ESTADUAL DE ANÁLISE DE DADOS – SEADE. *Dinâmica demográfica nos municípios de pequeno porte populacional do estado de São Paulo*. São Paulo: Fundação SEADE, 2021. Disponível em: <https://populacao.seade.gov.br/wp-content/uploads/sites/18/2021/12/SPDemografico-dinamica-demografica-municipios-pequeno-porte-populacional-estado-sp.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2025.

para o cargo de Prefeito. Suponham-se, então, dois cenários plausíveis e ilustrativos das complexidades da dinâmica local:

(i) o prefeito eleito mantém antigas e notórias desavenças, de ordem pessoal e profissional, com todos os integrantes da carreira de advogados públicos municipais;

(ii) o conjunto de procuradores manifesta explícita discordância quanto às diretrizes e propostas contidas no plano de governo vitorioso nas urnas.

Diante de tal conjuntura, impõe-se a indagação: seria razoável exigir que o Chefe do Executivo municipal, empossado com respaldo democrático, depositasse a confiança institucional da assessoria e consultoria jurídica da administração justamente àqueles que, publicamente, demonstram dissenso quanto às suas diretrizes políticas e administrativas? Poder-se-ia, em nome de uma equivocada leitura da impessoalidade, compelir o Prefeito a subordinar seu programa de governo ao juízo de atores que não apenas se contrapõem à sua agenda, mas que, por razões objetivas, carecem de sintonia mínima com os rumos administrativos que se pretende imprimir? A resposta, por evidente, é negativa.

O assessoramento jurídico do Poder Executivo exige, além de capacitação técnica, compatibilidade programática e confiança mútua. Confiar o enfrentamento das questões jurídicas sensíveis do município, tais como contratos, políticas públicas, judicializações estruturais e controle externo a agentes declaradamente avessos às diretrizes do governo equivale a tolher a legitimidade do mandato conferido pelo voto popular. A chefia da procuradoria, nesse cenário, não pode ser alçada a um bastião de resistência institucional, sob pena de comprometer-se a eficiência, a coerência e a governabilidade da gestão pública. Trata-se, pois, de preservar o equilíbrio entre profissionalismo técnico e alinhamento institucional, essência do modelo de cargos em comissão previsto no próprio texto constitucional. Se todo o corpo jurídico municipal fosse por exemplo, apoiador do candidato “Y” que fora derrotado nas urnas, como ficaria a prestação dos serviços jurídicos ao novo governo? É interessante, que ao menos a chefia seja de alguém alinhado ao Prefeito para evitar capturas políticas de tal órgão.

Raciocínio análogo pode ser extraído do modelo institucional adotado pela Justiça Eleitoral no que tange à nomeação de seus magistrados. Com efeito, o artigo 120, §2º, da Constituição da República estabelece que os juízes integrantes dos tribunais eleitorais, ressalvada justa causa, exercerão suas funções por, no mínimo, dois anos, vedando-se a recondução para mais de dois biênios consecutivos. Os respectivos substitutos são escolhidos no mesmo momento e mediante o mesmo procedimento, assegurando-se paridade por categoria. A lógica subjacente a tal previsão é clara: impedir a vinculação prolongada e potencialmente comprometedora de magistrados a determinados grupos ou interesses políticos locais. Trata-se, pois, de um mecanismo normativo destinado a resguardar a imparcialidade da jurisdição eleitoral e a assegurar a higidez do processo democrático, por meio da neutralização de influências indevidas e da prevenção ao partidarismo judicial.

A fim de preservar a imparcialidade do Judiciário, e afastar possibilidade de ingerências políticas nos Tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, seus membros servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos,

sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria³⁰.

A situação delineada, portanto, revela nítida similitude entre a dinâmica institucional dos Procuradores Municipais, especialmente quanto ao cargo de Procurador-Geral, e outras figuras de confiança política no interior da Administração Pública. Nos pequenos municípios, onde os laços pessoais e políticos tendem a se entrelaçar ao longo do tempo, não se pode desconsiderar o risco de que integrantes da carreira, embora formalmente concursados, alinhem-se implicitamente a determinados grupos políticos, comprometendo, em alguma medida, a isenção necessária ao exercício das funções de assessoramento e representação jurídica do ente público. Tal cenário reforça, sob ótica eminentemente prática e institucional, a pertinência do modelo que assegura ao Chefe do Executivo a escolha de pessoa de sua confiança para o comando da procuradoria.

Todavia, a realidade administrativa vai muito além de formulações abstratas sobre moralidade e necessidade política, que muitas vezes se limitam ao plano discursivo e subjetivo, sem aderência concreta às práticas cotidianas da gestão pública. Na prática, numerosos municípios brasileiros, justamente nesses de pequeno porte e com estruturas institucionais reduzidas, é recorrente a distorção do modelo formal de provimento de cargos. Em vez de assegurar um arranjo que garanta a coesão estratégica do governo e a responsabilidade técnica da chefia, o que se verifica, muitas vezes, é a prevalência de mecanismos tradicionais de apadrinhamento político, com a nomeação de pessoas próximas ao Prefeito, aliados eleitorais ou figuras vinculadas a redes familiares locais³¹.

Esse fenômeno, longe de ser episódico, reflete resquícios persistentes de uma cultura político-administrativa marcada por traços patrimonialistas³². Nesses contextos, a fragilidade institucional aumenta o risco de captura dos cargos públicos, por interesses particulares ou faccionais, comprometendo a impessoalidade e a racionalidade das decisões administrativas. Assim, o modelo teórico de autonomia municipal não pode ser idealizado sem o reconhecimento dessas tensões concretas.

Em que pese essa constatação, os argumentos de ordem jurídica e política ora expostos revelam-se harmônicos com o ordenamento constitucional vigente, que não apenas reconhece a legalidade da nomeação discricionária para cargos de direção, como

30 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 39. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. p. 678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774944/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

31 Basta uma pesquisa mínima para identificar inúmeros episódios recentes envolvendo a nomeação de familiares próximos cargos de direção ou chefia em prefeituras brasileiras, evidenciando a persistência de práticas de apadrinhamento e de traços patrimonialistas em diversos municípios. Cf. CNN Brasil, *Prefeito de Rio Branco nomeia esposa para ser sua chefe de gabinete*, 2025; O Fator, *Prefeito de cidade mineira nomeia a esposa como secretária*, 2025; G1 Tocantins, *Prefeito nomeia esposa, cunhada e parentes de vereadores da base aliada; MPE recomenda exonerações*, 2025.

32 Desde os primeiros debates da Assembleia Nacional Constituinte, os parlamentares manifestaram forte preocupação com o uso dos cargos comissionados como instrumentos de apadrinhamento político. Na 29ª Sessão da ANC, realizada em 9 de março de 1987, foram feitas denúncias sobre a instrumentalização de cargos de confiança como mecanismo de pressão sobre congressistas, bem como apelos pela moralização do serviço público e pela valorização dos servidores de carreira. Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Ata da 29ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 9 de março de 1987*. In: Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N002.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2025.

também assegura autonomia legislativa aos entes federados para regulamentarem a matéria conforme suas peculiaridades. Não há, pois, qualquer óbice normativo — tampouco ofensa a princípios constitucionais — no fato de a Câmara Municipal editar norma dispondo que o cargo de Procurador-Geral do Município seja de livre nomeação pelo Prefeito, à semelhança do que ocorre, de forma expressa, no plano federal com o Advogado-Geral da União (art. 131, §1º, CF).

Ao cabo, impende reconhecer que a nomeação para cargos de direção jurídica, ainda que inserida na estrutura da advocacia pública, carrega consigo inevitável dimensão política. Trata-se de instrumento legítimo para assegurar ao gestor a coesão técnica e estratégica de sua equipe, em consonância com o programa de governo sufragado nas urnas. A decisão sobre quem deve assessorar juridicamente o Executivo, portanto, é matéria de natureza política — e, como tal, deve permanecer sob a esfera de competência de quem foi democraticamente eleito para governar. Ao legislador municipal, por sua vez, cabe disciplinar o tema com responsabilidade institucional, zelando para que a estrutura administrativa reflita não apenas os princípios do direito, mas também as realidades políticas e sociais do município que representa. Trata-se, em suma, do exercício legítimo da autonomia local, expressão máxima do pacto federativo consagrado pela Constituição da República³³.

6. CONCLUSÕES

O reconhecimento da autonomia municipal na estruturação de suas procuradorias jurídicas não constitui mera concessão administrativa, mas, sim, expressão direta do pacto federativo delineado pela Constituição de 1988. Trata-se do exercício legítimo da capacidade de auto-organização, conferida aos entes federados como núcleo essencial do Estado Democrático de Direito. A superação, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, da jurisprudência que anteriormente impunha a obrigatoriedade de provimento da chefia da Procuradoria por membro da carreira representa avanço institucional relevante.

Esse novo entendimento, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, reafirma que os municípios detêm liberdade para definir se instituirão suas procuradorias por meio de lei local e, em caso afirmativo, de que forma se dará a nomeação de sua chefia, desde que preservado o concurso público para os cargos efetivos. Mais do que uma questão jurídica, trata-se de reconhecer a racionalidade política subjacente ao modelo federativo

33 A exemplo de inúmeros municípios paulistas que exercem legitimamente sua autonomia constitucional, tem-se o caso de Jales, cuja Lei Complementar nº 130, de 31 de maio de 2006, prevê expressamente que o Procurador-Geral do Município será de livre nomeação e exoneração pelo Prefeito, exigindo apenas qualificação técnica mínima para o exercício do cargo. Em São João da Boa Vista, a Lei nº 4.683, de 30 de junho de 2020, posteriormente alterada pela Lei nº 5.050/2022, rompeu com o modelo de nomeação restrita à carreira, autorizando a livre nomeação de profissional habilitado conforme as diretrizes administrativas do Chefe do Executivo. O município de Pirapora do Bom Jesus, por sua vez, instituiu modelo semelhante por meio da Lei Complementar nº 164, de 29 de maio de 2015 — cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na ADI 2236348-67.2021.8.26.0000. Já em Rio das Pedras, a Lei nº 3.266, de 11 de janeiro de 2023, também admite a livre nomeação do Procurador-Geral, exigindo, contudo, experiência jurídica mínima de cinco anos. Tais normativas demonstram a consolidação de um entendimento que respeita as especificidades locais e a prerrogativa dos entes federativos de organizarem suas estruturas administrativas conforme suas necessidades, sem que isso represente qualquer violação ao texto constitucional.

brasileiro, que confere ao Chefe do Executivo local a prerrogativa de compor uma equipe de confiança capaz de executar, com coerência e eficiência, o programa de governo sufragado nas urnas. Ao prever expressamente, em seu artigo 131, §1º, que o Advogado-Geral da União será livremente nomeado pelo Presidente da República, o constituinte originário deixou claro que a liderança da Advocacia Pública é, por natureza, função de confiança, dotada de indiscutível relevância estratégica.

É nesse contexto que se deve compreender a legitimidade de o Prefeito Municipal nomear, com fundamento em legislação própria, o Procurador-Geral do Município dentre pessoas de sua confiança — prerrogativa que visa garantir coesão política, efetividade administrativa e governabilidade. O respeito à autonomia local, longe de fragilizar o sistema, representa a sua mais genuína consolidação. É o que quis a Assembleia Nacional Constituinte ao estruturar um Estado federado plural, descentralizado e sensível às realidades locais. Cercear essa liberdade em nome de uma pretensa uniformidade interpretativa seria trair o espírito da Constituição de 1988.

Destarte, reafirma-se: ao município, cabe a liberdade normativa de modelar sua estrutura jurídica conforme suas necessidades e peculiaridades; ao Prefeito, a prerrogativa de nomear seu Procurador-Geral como figura de confiança; ao sistema constitucional, a função de garantir que essas escolhas sejam exercidas com responsabilidade, legalidade e em plena sintonia com os princípios da Administração Pública. É nessa convergência entre liberdade política e responsabilidade institucional que se fortalece, verdadeiramente, a Federação brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAPÁ. **Constituição do Estado do Amapá**. 1989. Disponível em: <https://www.al.ap.gov.br/pagina/constituicao-do-estado-do-amapa>. Acesso em: 20 nov. 2025

ARAÚJO, Anderson de Oliveira; MOURA, Mara Águida Porfírio; VERAS, Wesley Alves. **Cargos comissionados: análise dos artigos publicados nas plataformas SciELO e LUME de 2016 a 2021**. Anais do Congresso de Administração Pública, 2023. Disponível em: [/mnt/data/07232023_190715_64b-da32ba3fe5.pdf](https://mnt/data/07232023_190715_64b-da32ba3fe5.pdf). Acesso em: 20 nov. 2025.

BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia. Promulgada em 5 de outubro de 1989**. Disponível em: <https://www.al.ba.gov.br/constituicao-estadual>. Acesso em: 20 nov. 2025.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). 153ª Sessão Plenária da 16ª Reunião, realizada em 2 de setembro de 1987**. In: Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 6. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N009.pdf#:~:text=O%20SR,ainda%20as%20fun%C3%A7%C3%B5es%20de%20consultoria>. Acesso em: 7 jun. 2025.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Ata da 29ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 9 de março de 1987**. In: Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Se-

nado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N002.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988>. Acesso em: 7 jun. 2025.

BRASIL. **Senado Federal. Anais da Assembleia Nacional Constituinte: Sessões Plenárias, Comissões e Subcomissões Temáticas. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 6**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N009.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.331**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 9 abr. 2024. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/arquivos/2024/decisao-stf-adi-6331>. Acesso em: 2 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.465.818**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 11 mar. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=775260354>. Acesso em: 11 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.264.403/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 3 mar. 2023. Repercussão geral reconhecida (Tema 1.010). Diário da Justiça Eletrônico, 24 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2025.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARTA CAPITAL. **Como João Campos venceu a acirrada disputa entre primos no Recife**. 11 jan. 2025. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/como-joao-campos-venceu-a-acirrada-disputa-entre-primos-no-recife/>. Acesso em: 12 jan. 2025.

CEARÁ. **Constituição do Estado do Ceará**. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/constucional>. Acesso em: 20 nov. 2025.

CNN BRASIL. **Prefeito de Rio Branco nomeia esposa para ser sua chefe de gabinete**. 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/prefeito-de-rio-branco-nomeia-esposa-para-ser-sua-chefe-de-gabinete/>. Acesso em: 20 nov. 2025.

DORES, Moacir das. **O federalismo educacional brasileiro: o papel dos municípios**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/8639>. Acesso em: 13 jan. 2025.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559644599/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

FUNDAÇÃO SISTEMA ESTADUAL DE ANÁLISE DE DADOS – SEADE. **Dinâmica demográfica nos municípios de pequeno porte populacional do estado de São Paulo**. São Paulo: Fundação SEADE, 2021. Disponível em: <https://populacao.seade.gov.br/wp-content/uploads/sites/18/2021/12/SPDemografico-dinamica-demografica-municipios-pequeno-porte-populacional-estado-sp.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2025.

G1 TOCANTINS. **Prefeito nomeia esposa, cunhada e parentes de vereadores da base aliada; MPE recomenda exonerações**. 8 nov. 2025. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2025/11/08/prefeito-nomeia-esposa-cunhada-e-parentes-de-veredores-da-base-aliada-mpe-recomenda-exoneracoes.ghtml>. Acesso em: 20 nov. 2025.

GONZALES, Douglas Camarinha. **Competência legislativa dos entes federados: conflitos e interpretação constitucional**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-16082012-150740. Acesso em: 23 jan. 2025.

JALES (SP). **Lei Complementar nº 130, de 31 de maio de 2006**. Disponível em: <https://jales.siscam.com.br/arquivo?id=26183>. Acesso em: 7 jun. 2025.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LEONCY, Léo Ferreira. “**Princípio da simetria**” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-143741/publico/Tese_Leo_Ferreira_Leoncy_integral.pdf. Acesso em: 20 nov. 2025.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MITIDIERI, Marcos D’Avino. **A nomeação e a exoneração do Advogado-Geral da União: mantê-las à livre escolha presidencial ou deixá-las a cargo de outrem?** 2016. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/bitstream/handle/123456789/16324>. Acesso em: 7 jun. 2025.

MOHN, Paulo. **A repartição de competências na Constituição de 1988**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/173096>. Acesso em: 11 jan. 2025.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774944/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

NOHARA, Irene Patrícia D. **Direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775934/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

O FATOR. **Prefeito de cidade mineira nomeia a esposa como secretária**. 2025. Disponível em: <https://ofator.com.br/informacao/prefeito-de-cidade-mineira-nomeia-a-esposa-como-secretaria/>. Acesso em: 20 nov. 2025.

PARANÁ. **Constituição do Estado do Paraná**. 1989. Disponível em: <https://www.assembleia.pr.leg.br/atividade-parlamentar/constituicao-estadual>. Acesso em: 20 nov. 2025.

PERNAMBUCO. **Constituição do Estado de Pernambuco**. 1989. Disponível em: <http://www.ales-pe.pe.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2025.

PIRAPORA DO BOM JESUS (SP). **Lei Complementar nº 164, de 29 de maio de 2015**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/p/pirapora-do-bom-jesus/lei-complementar/2015/17/164>. Acesso em: 11 jan. 2025.

RIBEIRÃO PRETO (SP). **Lei Complementar nº 7, de 18 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <https://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/legislacao-municipal/pesquisa/lei/85>. Acesso em: 11 jan. 2025.

RIO DAS PEDRAS (SP). **Lei nº 3.266, de 11 de janeiro de 2023. Dispõe sobre a criação e estruturação da Procuradoria Geral do Município e dá outras providências.** Disponível em: <https://legislacaodigital.com.br/RioDasPedras-SP/LeisOrdinarias/3266/Arquivos/1>. Acesso em: 7 jun. 2025.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina. Promulgada em 5 de outubro de 1989.** Disponível em: <https://www.alesc.sc.gov.br/legislativo/constituicao>. Acesso em: 20 nov. 2025.

SÃO JOÃO DA BOA VISTA (SP). **Lei nº 4.683, de 30 de junho de 2020.** Alterada pela Lei nº 5.050, de 2022. Disponível em: <https://sapl.saojoaodaboavista.sp.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2020/10593/lei.4683.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2025.

SÃO PAULO. **Constituição do Estado de São Paulo. 1989.** Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2025.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2052119-40.2019.8.26.0000.** Relator: Des. Jacob Valente. São Paulo, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 11 jan. 2025.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2223301-89.2022.8.26.0000.** Relator: Des. Matheus Fontes. São Paulo, 29 mar. 2023. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 11 jan. 2025.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236348-67.2021.8.26.0000.** Relatora: Des. Luciana Bresciani. Julgada em 20 abr. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, São Paulo, 2 maio 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2025.

VEJA. **O número de candidatos que morreram após inscrição nas eleições municipais.** Radar, 11 jan. 2025. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/o-numero-de-candidatos-que-morreram-apos-inscricao-nas-eleicoes-municipais>. Acesso em: 5 jan. 2025.

OPEN FINANCE: O USO DA PORTABILIDADE DE DADOS COMO FORMA DE MITIGAR A ASSIMETRIA INFORMACIONAL

OPEN FINANCE: THE USE OF DATA PORTABILITY AS A WAY OF MITIGATING INFORMATION ASYMMETRY

Rafael Aleixo Fernandes da Silva¹

RESUMO: Hodiernamente, o mundo passa por um processo de transformação profunda e veloz das relações econômicas e sociais decorrente do desenvolvimento de novas tecnologias digitais que constituem a Era da Informação. O caráter eminentemente revolucionário das novas tecnologias da informação supera as prévias limitações das organizações tradicionais e gera novos dilemas e possibilidades para o sistema financeiro. Diante desse cenário, por meio do método histórico-descritivo de revisão bibliográfica, este artigo busca analisar os riscos inerentes à portabilidade de dados no modelo de *Open Finance* e sua capacidade de mitigar a assimetria informacional entre instituições financeiras e seus respectivos clientes. Apresentam-se considerações relacionadas a adequação da cessão de dados financeiros à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e ao mecanismo de *Know Your Customer* (KYC) e seus impactos à concorrência e à prevenção à lavagem de dinheiro. Conclui-se acerca de ganhos concorrenciais relacionados à diminuição do efeito *lock-in* e da necessidade de novos mecanismos regulatórios de *compliance* destinados a prevenir a lavagem de dinheiro; a exposição de dados e o desvirtuamento do sistema.

Palavras-Chave: *Open Finance*; Regulação; Proteção de Dados; Direito Concorrencial; Prevenção à Lavagem de Dinheiro.

ABSTRACT: Today, the world is undergoing a process of profound and rapid transformation of economic and social relations due to the development of new digital technologies that constitute the Information Age. The revolutionary nature of the new information technologies overcomes the previous limitations of traditional organizations and generates new dilemmas and possibilities for the financial system. Given this scenario, using the historical-descriptive method of literature review, this article seeks to analyze the risks of data portability in Open Finance and its ability to mitigate information asymmetry between financial institutions and their clients. This article presents considerations related to the adequacy of the transfer of financial data to the General Data Protection Law (LGPD) and the Know Your Customer (KYC) mechanism as well as their potential impacts on competition and the prevention of money laundering. The article concludes that there are competitive gains related to the reduction of the lock-in effect and that the development of new compliance mechanisms to prevent money laundering and data exposure is crucial.

Keywords: Open Finance; Regulation; Data Protection; Competition Law; Money Laundering Prevention.

1. INTRODUÇÃO

A concentração de dados em poucas instituições financeiras gerou uma assimetria informacional entre instituições financeiras e seus clientes que restringe a concorrência. Em razão disso, foi criado o *Open Finance*, sistema de compartilhamento de dados destina-

1 Graduando em direito pela Universidade de Brasília. E-mail para contato: rafael.aleixo.fernandes@gmail.com.

do a corrigir essa falha de mercado, situado na interface entre o direito concorrencial e a regulação do tratamento de dados pessoais.

A criação desse mecanismo de troca de dados inaugura um novo capítulo no diálogo entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o direito da concorrência. Por um lado, a concentração de dados no sistema financeiro é especialmente problemática por se tratar de um mercado regulado marcado por significativas barreiras à entrada de novos concorrentes. Por outro lado, o compartilhamento descuidado de dados financeiros traz graves riscos à privacidade dos cidadãos e pode fragilizar mecanismos antilavagem de dinheiro. Assim, a construção de um sistema destinado a compartilhar dados no sistema financeiro exige uma série de instrumentos para promover a concorrência com respeito aos direitos fundamentais.

Desta feita, neste artigo, por meio do método histórico-descritivo de revisão bibliográfica, analisar-se-á a maneira pela qual o *Open Finance* busca superar a assimetria informacional entre instituições financeiras e seus clientes, garantindo o domínio sobre os dados pessoais aos seus titulares, conforme determina a LGPD. Nas seguintes seções, apresentar-se-á: i) o panorama que ensejou a criação do *Open Finance*; ii) os riscos atinentes à portabilidade de dados e iii) o modelo de regulação instituído. Por fim, serão traçadas considerações gerais à respeito do estado da arte atual do *Open Finance*.

2. A ASSIMETRIA INFORMACIONAL ENTRE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SEUS CLIENTES

A função basilar do sistema financeiro sempre foi intermediar recursos monetários entre os agentes econômicos. Essa intermediação pode ocorrer tanto pelo fluxo financeiro, transferência para liquidação e compensação de obrigações de pagamento, quanto pela transferência de recursos financeiros dos agentes econômicos superavitários (concedentes de recursos) aos deficitários (tomadores de recursos). Nessa perspectiva, a prerrogativa de manter contas de depósito à vista destinadas às compensações do fluxo financeiro conferiram aos bancos posição privilegiada na avaliação e monitoramento dos riscos de crédito dos seus potenciais contratantes em operações de empréstimo. Afinal, analisa-se a partir das informações dos fluxos financeiros (recebimentos e pagamentos), a capacidade de pagamento dos clientes².

O acúmulo destes dados permitia às grandes e consolidadas instituições financeiras avaliarem de maneira consideravelmente precisa o risco de crédito relativo aos empréstimos feitos pelos tomadores e estabelecer taxas de juros proporcionais a esse risco. Ocorre que os dados dos clientes dessas instituições financeiras ficavam retidos em bases de dados que só podiam ser acessadas por elas próprias. Isso retirava a titularidade dos dados dos clientes e gerava prejuízos à concorrência devido a formação de um efeito *lock-in*³.

2 DE OLIVEIRA ROSA, Marcus Paulus; DA MOTTA, Bernardo Rocha. Open Banking, Big Data e Inteligência Artificial: como tudo está conectado na regulação de um sistema financeiro e de pagamentos movido a dados?. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 16, n. 1, p. 134-135, 2022.

3 DE OLIVEIRA ROSA, Marcus Paulus; DA MOTTA, Bernardo Rocha. Open Banking, Big Data e Inteligência Artificial: como tudo está conectado na regulação de um sistema financeiro e de pagamentos movido a dados?. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 16, n. 1, p. 134-135, 2022.

Ao passo que as instituições financeiras mensuram o risco do inadimplemento do crédito concedido para designar o regime de juros aplicável aos tomadores de recursos, a retenção dos dados em instituições específicas impedia que os emprestadores buscassem condições mais favoráveis em outras instituições financeiras. Como sem dados sobre o histórico dos clientes é impossível precisar seu risco de crédito, as instituições financeiras que não acessavam esses dados praticavam juros altos. Assim, essa incerteza acabava por gerar um efeito *lock-in*, ou seja, limitava o acesso dos clientes a esse serviço a um único fornecedor. Sobre os efeitos da assimetria de informações no mercado de crédito, esclarece Marcos Cavalcante de Oliveira⁴ (2006, p. 100):

A assimetria da informação no mercado de crédito gera uma incerteza quanto à qualidade dos potenciais tomadores de empréstimos. Em um mundo ideal, as instituições teriam plena possibilidade de escolher entre os candidatos a empréstimos aqueles com maior probabilidade de pagar pontualmente suas dívidas. Enquanto algumas instituições escolheriam os melhores riscos, outras, mais ousadas, escolheriam riscos não tão bons, por serem mais rentáveis. No mundo real, não é assim. Bons e maus pagadores se misturam em situações que tornam quase impossível distinguir uns dos outros. Como consequência, os credores acabam assumindo que a perda de crédito será maior do que seria se eles dispusessem de mais dados confiáveis e, com isso, sobem o preço dos empréstimos (os juros) para compensar o maior risco de crédito. Com preços mais caros, aqueles potenciais tomadores de crédito de melhor qualidade acabam se afastando do mercado para evitar pagar preços mais elevados.

Isso demonstra que a assimetria informacional prévia à invenção do *Open Finance* não otimizava as relações entre as instituições financeiras e seus clientes. Tal fato é agravado pelas grandes instituições financeiras serem litigantes habituais e exercerem significativo poder de mercado⁵. De maneira geral, o cenário prévio a criação do *Open Finance* mitigava a concorrência e, por conseguinte, permitia que as instituições financeiras exercessem tarifas mais onerosas.

Diante disso, surge o *Open Banking* (hoje *Open Finance*), com o intuito de mitigar o efeito *lock-in* e as barreiras à entrada de novas instituições financeiras e de pagamentos. De acordo com o art. 2º, inciso I, da Resolução Conjunta 1, de 2020⁶, esse sistema financeiro Aberto consiste no “compartilhamento de dados e serviços por meio da abertura e integração de sistemas”, cujos objetivos são incentivar a inovação; promover a concorrência; aumentar a eficiência do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); e promover a cidadania financeira. Dessa forma, é restabelecida a titu-

ria-Geral do Banco Central, v. 16, n. 1, p. 136, 2022.

4 OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, juros e instituições financeiras – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, p. 100, 2006.

5 MACHADO, Vitor Gonçalves; GORETTI, Ricardo. **Instituições Financeiras Enquanto Litigantes Habituais**:: uma análise crítica sobre suas vantagens competitivas no atual cenário de grande litigiosidade bancária. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 17, n. 1, *passim*, 2023.

6 BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).

laridade dos dados pessoais aos cidadãos aos quais eles se referem, conforme determina a LGPD⁷, sendo a eles concedido o direito de cedê-los a outras empresas, mediante seu consentimento expreso.

3. OS RISCOS ENVOLVIDOS NA CESSÃO DE DADOS

3.1. RESPEITO À PRIVACIDADE DOS CLIENTES

A obtenção e a exploração de dados financeiros de consumidores por empresas privadas criam embates relacionados à privacidade dos seus clientes. A fim de assegurar o respeito à privacidade e garantir a inviolabilidade da honra e da imagem dos cidadãos, o Estado estabelece uma série de limites para a captura e uso de dados financeiros.

A segurança desses bancos de dados, todavia, exige massiva estrutura tecnológica e pode gerar as instituições financeiras custos de não conformidade. A título de ilustração, as empresas brasileiras arcaram com um custo médio de U\$1,35 milhão em 2019⁸, além de abandono de clientes e prejuízo à reputação das marcas por desconformidades. Tal ônus é ainda maior quando se considera que o Brasil passou por numerosos vazamentos de dados - inclusive de grande escala -, e que o risco de vazamento de dados é equiparado ao risco operacional, conforme a Circular BCB 3.979⁹, de 30 de janeiro de 2020.

Com efeito, essa responsabilidade conferida às instituições financeiras justifica-se por duas razões: i) a LGPD¹⁰ assegura à toda pessoa natural a titularidade de seus dados pessoais, por meio do consentimento prévio (*opt-in*); ii) vazamentos ferem direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade previstos no art. 5º, X e XII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)¹¹.

À luz desse arcabouço normativo, o sigilo de dados mostra-se inviolável, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de suas violações, incluídas as atividades de risco. Tratando-se de atividades bancárias, financeiras, creditícias e seguradoras, ainda há a incidência do Código de Defesa do Consumidor¹² (CDC), conforme a Súmula 297 do STJ. Sendo assim, as instituições participantes dessa estrutura são responsáveis pela confiabilidade, integridade, disponibilidade, segurança e sigilo do compartilhamento de dados.

Destarte, qualquer pessoa que tenha seus dados financeiros vazados e, por isso, sofrer danos de ordem patrimonial, moral, individual ou coletiva, poderá pleitear o direi-

7 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, 15 agosto de 2018.

8 IBM SECURITY. Cost of a Data Breach. Ponemon Institute Research Department, 2019.

9 BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular 3.979, de 30 de janeiro de 2020. Dispõe sobre a constituição e a atualização da base de dados de risco operacional e a remessa ao Banco Central do Brasil de informações relativas a eventos de risco operacional. **Diário Oficial da União**, 31 de janeiro de 2020, Seção 1, p. 90.

10 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, 15 agosto de 2018.

11 BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 de outubro de 1988, Seção 1, p. 1.

12 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. **Diário de Justiça do dia 8 de setembro de 2004**, p. 129.

to de reparação, por meio do instituto da responsabilidade civil, disposto no art. 927 do Código Civil¹³. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil¹⁴ é claro ao determinar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, como é o caso do tratamento de dados. Nesses casos, a responsabilidade das instituições financeiras é objetiva, nos termos dos art. 12, §1º e art. 14, §1º do CDC¹⁵. Alinhado a esse entendimento, a LGPD, em seu art. 44, estabelece que o tratamento de dados pessoais será irregular quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar.

Vale ressaltar que antes da entrada em vigor da LGPD¹⁶, as normas brasileiras já reconheciam a importância da proteção de dados, especialmente com relação a operações financeiras. Não apenas bancos, mas todas as empresas de fomento comercial ou *factoring*¹⁷ que tratem de dados financeiros e as autoridades administrativas (BCB e CVM) são vinculadas à Lei do Sigilo Bancário¹⁸ que exige confidencialidade no tratamento de dados, conforme o seu art. 2º. Essa determinação legal só não impede a cessão de dados no *Open Finance* porque esse sigilo não é aplicável quando há o consentimento expresso dos interessados, de acordo com seu art. 1º, §3º, V.

Repise-se ainda que responsabilização por violação de sigilo em decorrência do vazamento de dados pode não se restringir à esfera civil, tendo também impactos na esfera penal. Nesse sentido, dispõe a Lei 7.492¹⁹, de 16 de junho de 1986, (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) que a violação do sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira tem pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa. Nesses casos, conforme seu art. 25, podem ser penalmente responsabilizados o controlador e os administradores das instituições financeiras, incluindo diretores e gerentes.

À luz do exposto, mostra-se crucial o contínuo aprimoramento de medidas de *compliance*²⁰ para impedir que esse novo mecanismo de cessão de dados propicie vazamentos. Caso contrário, as empresas e seus controladores e administradores poderão ser responsabilizados civil e penalmente.

13 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Institui o Código Civil.

14 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Institui o Código Civil.

15 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Diário de Justiça do dia 8 de setembro de 2004, p. 129.

16 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, 15 agosto de 2018.

17 *Factoring* é uma atividade comercial mista atípica que corresponde à prestação de serviços junto a compra de direitos creditórios resultantes de vendas por empresas de fomento mercantil.

18 BRASIL. Congresso Nacional. Lei complementar 105, de 10 de janeiro de 2001 (Lei do Sigilo Bancário). Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

19 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional). Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, 18 de junho de 1986, Seção 1, p. 8809.

20 *Compliance* é o conjunto de procedimentos e regras que tem como objetivo manter a organização em linha com as normas vigentes.

3.2. PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO

Para além dos riscos relativos a vazamentos de dados, analisa-se a possibilidade de a cessão de dados fragilizar o mecanismo de *Know Your Customer*²¹ (KYC) e, por conseguinte, facilitar a lavagem de dinheiro²². Uma das estratégias de combate ao crime organizado é a denominada *Follow the Money*²³, que se trata da identificação de transações suspeitas, para bloquear bens e fazer com que entidades delitivas morram de inanição, sem dinheiro para pagar seus membros ou funcionários públicos cooptados²⁴. Para tal, é crucial que as instituições financeiras determinem a verdadeira identidade de seus clientes e implementem mecanismos para verificar sua boa-fé²⁵.

Quanto mais complexa a operação contábil e mais sofisticada a engenharia financeira, maiores as chances de impunidade. O delito da lavagem de dinheiro parte da ideia de que o agente que busca proveito econômico na prática criminosa precisa confundir a origem dos valores, buscando, assim, desvinculá-lo de sua procedência delituosa, conferindo-lhe aparência lícita, a fim de usufruir de ganhos ilícitos²⁶. Por esse motivo, diversos grupos criminosos utilizam do sistema financeiro para conferir aparência de legalidade a condutas que, em verdade, embutem um ou mais delitos²⁷. Sob esse viés, possibilitar o compartilhamento de cadastros entre as instituições impõem novos desafios, aumentando a dificuldade de precisar riscos relacionais e a criação de normas antilavagem²⁸.

Nessa lógica, a Resolução Conjunta 1²⁹, em seu art. 31, determina que a responsabilidade pela confiabilidade, integridade, disponibilidade, segurança e sigilo dos dados financeiros compartilhados cabe à “instituição participante”, estabelecendo uma responsabilidade compartilhada entre as instituições transmissoras de dados e as receptoras. Em vista disso, cabe às instituições receptoras validar a veracidade dos informações compartilhadas, por mecanismos de *double-check*³⁰, e coletar novos dados para início ou

21 *Know Your Customer* trata-se da atividade de certificação de que a pessoa do outro lado da rede é quem ela diz ser.

22 FERNANDES, Alessandro; ZANI, João. Open Banking e Know Your Customer: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 16, n. 2, p. 44, 2022.

23 *Follow the Money* é o nome popularmente conferido a estratégia baseada em seguir rastros de transações visando ao encontro de esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro.

24 BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Revista dos Tribunais, *passim*, 2016.

25 FERNANDES, Alessandro; ZANI, João. Open Banking e Know Your Customer: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 16, n. 2, p. 50-51, 2022.

26 BALTAZAR, José Paulo. Crimes federais. São Paulo, *passim*, 2012.

27 GRANDIS, Rodrigo de. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Coordenadora Carla Veríssimo Di Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, *passim*, 2011.

28 FERNANDES, Alessandro; ZANI, João. Open Banking e Know Your Customer: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 16, n. 2, p. 43-58, 2022.

29 BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).

30 *Double check* é o mecanismo de checagem dupla.

manutenção do relacionamento negocial, com o intuito de assegurar mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro.

Sobre isso, entende-se pela não aplicação direta de limitações de compartilhamento de dados pelo *Open Finance*, em função de entraves inseridos no texto da LGPD³¹, uma vez que há o dever de informar a existência de ilícitos de lavagem de dinheiro, conforme estabelece o art. 4º, III, d, da LGPD. Todavia, percebe-se zona sensível no tratamento de dados no que tange o cruzamento do respeito à privacidade que deve respeitar princípios da finalidade, adequação, necessidade e segurança com o processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro.

Em suma, a ausência de checagem dos dados tanto pelas transmissoras quanto pelas receptoras permitiria o compartilhamento de dados inexatos o que fragilizaria o mecanismo de KYC e dificultaria à prevenção à lavagem de dinheiro. Em razão disso, foi estabelecido dever de *double-check* desses dados. Não obstante, cabe às instituições financeiras serem cautelosas na instituição de mecanismos de *compliance* capazes de realmente aferir a veracidade dos dados compartilhados e assegurar que atendam aos princípios da finalidade, adequação, necessidade e segurança, de forma a mitigar riscos de lavagem de dinheiro. Respeitados esses cuidados, não se vislumbra grave risco para o modelo atual de controle exercido pelas instituições financeiras, pois constata-se que o *double check* de dados e a utilização de birôs são validadores valiosos³².

4. O MODELO DE REGULAÇÃO INSTITUÍDO

A Resolução Conjunta 1/2020³³ foi fruto de consulta pública entre o ente regulador, Banco Central do Brasil (BCB), e os interessados na implementação do *Open Finance*. Nessa perspectiva, foi realizado processo colaborativo para definir padrões tecnológicos e procedimentos operacionais; canais para encaminhamento de demandas de clientes; procedimentos e mecanismos para o tratamento e a resolução de disputas entre as instituições participantes, inclusive as decorrentes de demandas encaminhadas por meio dos canais de demandas dos clientes e direitos e obrigações das instituições participantes³⁴.

Essa estratégia regulatória entende que conferir aos entes regulados papel ativo nas definições regulatórias como: criação de regras; seu monitoramento/fiscalização; e julgamento sobre o cumprimento ou não dessas regras gera mais eficiência e regularidade³⁵. Apesar dessa maior autonomia, o BCB não conferiu liberdade plena aos entes regulados,

31 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, 15 agosto de 2018.

32 FERNANDES, Alessandro; ZANI, João. Open Banking e Know Your Customer: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 16, n. 2, p. 55-56, 2022.

33 BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).

34 CUNHA DUARTE, Paula. Open Banking: Uma Análise Do Novo Sistema De Compartilhamento De Dados À Luz Da Regulação Responsiva. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 16, n. 2, p. 65-69, 2022.

35 AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 19 e 38, 1992.

pois não apenas estabeleceu diretrizes mínimas a serem observadas na criação das regras, mas também tomou para si o papel de análise e ratificação³⁶.

Diante desse panorama, percebe-se que o BCB, adotou em certa medida pressupostos teóricos da regulação responsiva³⁷ e visou criar uma estrutura de governança que garantisse: representatividade e pluralidade de instituições e segmentos participantes; mitigação de conflitos de interesse; e sustentabilidade do *Open Finance*. Essa abordagem aparenta ser acertada por garantir maior margem para as instituições financeiras expressarem suas preocupações, e, por conseguinte, facilitar a adequação das empresas às medidas de *compliance* implementadas.

Dessa forma, fomentam-se soluções inovadoras e garante-se maior agilidade e facilidade nas transações financeiras. Para além disso, as chances de serem elaboradas normas adequadas à maximização dos objetivos do *Open Finance* a menores custos ampliam-se e os processos relacionados à experiência dos usuários melhoram.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma prévio à instituição do *Open Finance* era marcado por acentuada assimetria informacional, significativo poder de mercado de poucas instituições financeiras e limitada concorrência decorrente da formação de um efeito *lock-in*. Nesse cenário, o *Open Finance* apresenta-se como interessante tentativa de mitigar essas distorções de mercado. Todavia, vale ressaltar que a experiência do *Open Finance* no Brasil ainda é recente e seus contornos e consequências ainda não são claros de modo que a regulação deve evoluir conforme a aderência ao sistema e os efeitos vislumbrados no mercado. Em um primeiro momento, o ganho de autonomia e possibilidade de os usuários compartilharem seus dados de modo a conseguirem preços mais competitivos mostra-se positivo. É crucial, todavia, que essa titularização não seja desvirtuada pela institucionalização de entraves econômicos aos usuários que não aceitem esse compartilhamento, onerando-os ainda mais.

Nessa empreitada, cabe às instituições financeiras serem cautelosas na instituição de novos mecanismos de *compliance*, de forma a mitigar riscos de lavagem de dinheiro e de vazamentos de dados, sob pena de sua responsabilização civil e penal. Da mesma forma, crucial o impedimento de práticas anticoncorrenciais que usem desse ganho de autonomia dos usuários para forçar o compartilhamento de dados por meios econômicos, sob pena de fragilizar ainda mais o consumidor que já é o elo mais fraco da relação consumerista. Feitas essas considerações, a estratégia adotada pelo Banco Central do Brasil aparenta ter sido acertada ao engajar as instituições financeiras e de pagamentos no processo de regulação.

36 CUNHA DUARTE, Paula. Open Banking: Uma Análise Do Novo Sistema De Compartilhamento De Dados À Luz Da Regulação Responsiva. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 16, n. 2, p. 59-72, 2022.

37 A regulação responsiva é uma teoria desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite que defende que Estado deve formular um desenho regulatório pautado pelo diálogo, cooperação/colaboração e baseado em um escalonamento de técnicas de intervenção estatal (que partam da persuasão até métodos de punição), a fim de superar o modelo clássico de comando e controle, no qual o objetivo principal é punir os agentes regulados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press. 1992.
- BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. **Revista dos Tribunais**, 2016.
- BALTAZAR, José Paulo. **Crimes federais**. São Paulo, 2012.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular 3.979, de 30 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a constituição e a atualização da base de dados de risco operacional e a remessa ao Banco Central do Brasil de informações relativas a eventos de risco operacional. Diário Oficial da União, 31 de janeiro de 2020, Seção 1, p. 90.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional)**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, 18 de junho de 1986, Seção 1, p. 8809.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988, Seção 1, p. 1.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990** (Código de Defesa do Consumidor).
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei complementar 105, de 10 de janeiro de 2001 (Lei do Sigilo Bancário)**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Institui o Código Civil.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, 15 agosto de 2018.
- BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020**. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Diário de Justiça do dia 8 de setembro de 2004, p. 129.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de Dinheiro. São Paulo, 2017, 256 p.
- CAMPOS NETO, Roberto. **Agenda BC#: uma pauta para o sistema financeiro do futuro**. Brasília, jan. 2020.
- CUNHA DUARTE, Paula. Open Banking: Uma Análise Do Novo Sistema De Compartilhamento De Dados À Luz Da Regulação Responsiva. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 16, n. 2, p. 59-72, 2022.
- DE OLIVEIRA ROSA, Marcus Paulus; DA MOTTA, Bernardo Rocha. Open Banking, Big Data e Inteligência Artificial: como tudo está conectado na regulação de um sistema financeiro e de pagamentos movido a dados?. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 16, n. 1, p. 132-154, 2022.
- FERNANDES, Alessandro; ZANI, João. Open Banking e Know Your Customer: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 16, n. 2, p. 43-58, 2022.
- FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **Direito Público**, v. 17, n. 93, 2020.

GRANDIS, Rodrigo de. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Coordenadora Carla Veríssimo Di Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

IBM SECURITY. **Cost of a Data Breach**. Ponemon Institute Research Department, 2019.

MACHADO, Vitor Gonçalves; GORETTI, Ricardo. Instituições Financeiras Enquanto Litigantes Habituais:: uma análise crítica sobre suas vantagens competitivas no atual cenário de grande litigiosidade bancária. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 17, n. 1, p. 56-79, 2023.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, juros e instituições financeiras – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Vitória Batista Santos; JUNIOR, Wagner Roberto Ramos Garcia; DE ARAÚJO, Clayton Vinicius Pegoraro. Fintechs:(r) evolução bancária na era da economia digital. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 16, n. 1, p. 65-77, 2022.

SOUTO, Gabriel Araújo. A cessão de dados financeiros como um Novo Modelo de Negócio através do Open Banking. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 14, n. 2, p. 13-32, 2020.

UM PANORAMA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA SOB A LUZ DO FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO, DO LIBERALISMO POLÍTICO E DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

AN OVERVIEW OF BRAZILIAN DEMOCRACY IN THE LIGHT
OF COOPERATIVE FEDERALISM, POLITICAL LIBERALISM AND
THE BALANCE BETWEEN POWERS

Isabella Jannuzzi Chaves de Jesus¹

Victória Silvestre Bentes²

Maria Clara Ortiz Rodrigues³

Giovanna Vitória de Abreu Bueno⁴

RESUMO: O objetivo geral da pesquisa é analisar o funcionamento da democracia brasileira à luz de fenômenos e correntes teóricas diversas, abarcando o liberalismo político, o federalismo cooperativo e o presidencialismo de coalização. O estudo focaliza os efeitos desse arranjo institucional sobre a dinâmica dos três poderes e da qualidade da democracia. Analisar tais fenômenos constitui uma tentativa urgente de releitura política do cenário institucional brasileiro sob chave democrática, se amparando em uma metodologia qualitativa e teórico conceitual, com revisão de literatura em teoria política e em direito constitucional. Assim, o presidencialismo de coalizão permanece indispensável à governabilidade, mas exige reformas transparentes que esclareçam seu funcionamento e incentivem sua permanência na sociedade brasileira.

Palavras-chave: federalismo; processo legislativo; presidencialismo de coalizão; relação entre poderes; democracia

ABSTRACT: The overall objective of this research is to analyze the functioning of Brazilian democracy in light of diverse phenomena and theoretical currents, encompassing political liberalism, cooperative federalism, and coalition presidentialism. The study focuses on the effects of this institutional arrangement on the dynamics of the three branches of government and the quality of democracy. Analyzing these phenomena constitutes an urgent attempt at a political reinterpretation of the Brazilian institutional landscape from a democratic perspective, relying on a qualitative and theoretical-conceptual methodology, with a literature review in political theory and constitutional law. Thus, coalition presidentialism remains indispensable to governability, but requires transparent reforms that clarify its functioning and encourage its continued presence in Brazilian society.

Keywords: federalism; legislative process; coalition presidentialism; relationships between powers; democracy.

1 Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail para contato: isabella.jcj@gmail.com.

2 Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail para contato: vicbentes1203@gmail.com.

3 Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e graduanda em Administração pelo IDP - DF. E-mail para contato: mcortizrodrigues@gmail.com.

4 Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail para contato: giovanna.abreu20@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A compreensão do funcionamento das instituições brasileiras tornou-se tema central diante das tensões políticas recentes, marcadas pelo reequilíbrio de alianças e pela fragilidade do espírito cívico e da representação. Nesse contexto, os fundamentos da democracia e a relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário passam por pressões que afetam a estabilidade do regime, exigindo uma análise das bases institucionais que moldam o sistema de governo brasileiro.

A formação do Estado brasileiro foi influenciada pelas tradições europeias e norte-americanas do liberalismo clássico. De Locke, incorporou-se a defesa dos direitos naturais e a limitação do poder; de Montesquieu, o princípio da separação dos poderes. Da Constituição norte-americana de 1787 herdou-se o federalismo dual, posteriormente adaptado à realidade nacional, resultando em um arranjo híbrido. A literatura indica que essa combinação molda a dinâmica da democracia brasileira, sobretudo diante da histórica preponderância do Executivo e da necessidade de articulação constante com um Legislativo fragmentado.

O estado da arte sobre a democracia brasileira demonstra que sua consolidação enfrenta volatilidades associadas ao multipartidarismo exacerbado, que dificulta a formação de governos estáveis e gera assimetrias federativas. Autores como Avritzer, Abranches, Tavares de Almeida e Meneguello apontam que, desde a redemocratização, o arranjo institucional combina mecanismos liberais de limitação do poder com práticas intensas de negociação, resultando em antagonismos derivados do pluralismo político e da desigualdade social. A permissividade constitucional, ao mesmo tempo que amplia a participação, confere complexidade e desafia a coordenação governamental.

É nesse cenário que se estrutura o presidencialismo de coalizão, formado pela interação entre federalismo, bicameralismo, multipartidarismo e representação proporcional. Desde 1988, a governabilidade depende da capacidade do Executivo de construir uma coalizão majoritária, condição essencial para aprovar sua agenda diante da fragmentação partidária. Transformações recentes, sobretudo após as eleições de 2018 — consideradas disruptivas —, intensificaram essa dificuldade ao inaugurar um governo com coalizão minoritária e resistência à negociação tradicional, o que acentuou a instabilidade e tensionou as relações entre os Poderes.

Diante disso, torna-se necessário compreender como liberalismo político, federalismo cooperativo e presidencialismo de coalizão moldam a democracia brasileira contemporânea. Este artigo busca analisar como o presidencialismo de coalizão enfrentou os desafios recentes, especialmente o uso do Orçamento Secreto, e de que forma tais mecanismos afetaram a governabilidade, a relação entre os Poderes e a qualidade democrática. Pretende-se avaliar se essas transformações geraram disfunções permanentes ou se representam um processo de reinvenção institucional em curso, marcado por um sistema em transição e instituições tensionadas.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

2.1 LIBERALISMO POLÍTICO: ORIGENS, PRINCÍPIOS E INFLUÊNCIAS

O liberalismo como corrente filosófica da primeira modernidade foi consolidado após quatro revoluções: Revolução Gloriosa, Americana, Francesa e Primavera dos povos, que se constituíram como meio de efetivação das mais profundas transformações nos setores político, social e econômico. Essa doutrina esquematiza um ideal de liberdade que se traduz no direito à autonomia, à propriedade e à igualdade, como também vislumbra a adoção de posturas contrapostas ao paternalismo⁵, de forma que o âmbito privado não fosse afetado pela interferência do Estado, uma vez que este seria reduzido aos termos mínimos⁶. Dessa maneira, visa-se a esclarecer as origens do liberalismo clássico - que posteriormente se desdobrará na experiência brasileira - e como sua hegemonia no cenário mundial moderno/contemporâneo exerceu influência no alicerçamento do regime democrático, na cidadania e na separação do Estado republicano em três poderes.

Em virtude do movimento vanguardista que culminou na Revolução Gloriosa (1688), foram criados os pilares conceituais de progressão dos valores liberais, tendo em vista que o Século das Luzes serviu de motor para esse ambiente intelectual⁷. Com isso, o libelo de John Locke fundamentaria o direito de revolução contra a tirania do poder absoluto⁸, viabilizando assim uma possível governança com o consentimento dos governados, por meio da limitação do poder estatal, exemplificada pelo slogan político *No taxation without representation*, originado na Revolução Americana (1775), o qual criticava a injeção de impostos abusivos sem o consentimento da população. Sendo assim, tais revoltas não garantiram apenas o fim da monarquia britânica e a Independência dos Estados Unidos, como também serviram de inspiração para outras mobilizações revolucionárias ao redor do mundo.

Além disso, o absolutismo monárquico de Luís XIV e as iminentes desigualdades sociais culminaram na Revolução Francesa (1789), a qual marca a queda do antigo regime e esboça o primeiro projeto político republicano-democrático dos tempos modernos⁹. A partir da conjugação dos direitos civis com uma pré-visão de constitucionalismo, são introduzidos os fundamentos jurídicos do modelo, situando o conceito de representação e a

5 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 22.

6 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Aportes bobbianos à análise da relação liberalismo/democracia**. 2019, p. 304. Disponível em: <https://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1470>. Acesso em: 22 nov. 2025.

7 JÚNIOR, Elias Soares de Souza. Reflexões acerca do liberalismo político em Montesquieu. **Filosofia: Caderno de monografias**, v. 4, n. 4, 2024, p. 33.

8 BITTAR, Guilherme de Moraes. **Democracia e liberdade: a falsa promessa do liberalismo no estado ainda-não-democrático de direito brasileiro**. 2021, p. 94. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/items/065a7f-11-4321-4831-b629-9fc3d92c23e1>. Acesso em: 22 nov. 2025.

9 OLIVEIRA, Josemar Machado de. **A teoria democrática robespierrista: do republicanismo clássico à democracia social**. Vitória: EDUFES, 2021, Coleção Pesquisa UFES, v. 3, p. 433.

doutrina liberal em uma moldura de interdependência¹⁰, necessária desde o estabelecimento de limites ao governo. A insurreição também exerceu importantes contribuições para a soberania das competências judiciária, executiva e legislativa, dividindo-a em três poderes que se auto limitam na concepção de república, a qual foi teorizada por Montesquieu, em seu livro “O Espírito das Leis”¹¹.

De maneira distinta, a Primavera dos Povos (1848) foi marcada pelas numerosas e simultâneas revoltas que ocorreram na Europa após as Guerras Napoleônicas, bem como o Congresso de Viena, marcando o retorno da democracia à arena política, juntamente com a tentativa de conciliação entre a liberdade individual e participação cívica através da proclamação do sufrágio universal¹². Nesse contexto, foi demonstrado um ideal liberal aplicado em sua vertente mais social, o qual havia sido reprimido desde a reação burguesa da Revolução Francesa, em uma abstração que até então estava apenas na “história das ideias”¹³. Dessa maneira, as Revoluções de 1848 levaram à queda líderes como Guizot, os quais viam na democracia o caos¹⁴, de maneira que a progressiva afluência entre as tradições liberal e democrática foram vinculadas, dado que o liberalismo precisou dar uma resposta ao socialismo na contemporaneidade, em um cenário que a população deseja usufruir de liberdades concretas, e não apenas formais¹⁵.

Nessa conjuntura, apesar das tensões iniciais, é evidente que a democracia desenvolveu-se apenas onde os direitos de liberdade haviam sido constitucionalmente reconhecidos¹⁶, em uma condição imperativa, uma vez que esse sistema se tornou o principal mecanismo de defesa da livre iniciativa. Para Bobbio, Estados liberais não democráticos seriam inconcebíveis¹⁷, a partir da consolidação de um liberalismo político pós-revoluções que se manifesta na instalação de um Estado de Direito regido pela lei (com base em mecanismos que visam à defesa contra os abusos de autoridade¹⁸), filosoficamente ancorado no contratualismo, cujo pacto social visa à proteção da autonomia e propriedade dos

10 BITTAR, Guilherme de Moraes. **Democracia e liberdade: a falsa promessa do liberalismo no estado ainda-não-democrático de direito brasileiro**. 2021, p. 88. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/items/065a7f-11-4321-4831-b629-9fc3d92c23e1>. Acesso em: 22 nov. 2025.

11 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167.

12 SPITZ, Jean-Fabien. Preface. In: POCOCK, John. **Le moment machiavélien. La pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique**. Paris: PUF, 1997, p. 32-33.

13 OLIVEIRA, Josemar Machado de. **A teoria democrática robespierrista: do republicanismo clássico à democracia social**. Vitória: EDUFES, 2021, Coleção Pesquisa UFES, v. 3, p. 30.

14 LEFORT, Claude. Liberalismo e democracia. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 13, n. 25, p. 13–26, 2008. p. 22. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/1142>. Acesso em: 22 nov. 2025.

15 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Aportes bobbianos à análise da relação liberalismo/democracia**. 2019, p. 321. Disponível em: <https://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1470>. Acesso em: 22 nov. 2025.

16 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Aportes bobbianos à análise da relação liberalismo/democracia**. 2019, p. 319. Disponível em: <https://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1470>. Acesso em: 22 nov. 2025.

17 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 43.

18 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Aportes bobbianos à análise da relação liberalismo/democracia**. 2019, p. 306. Disponível em: <https://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1470>. Acesso em: 22 nov. 2025.

indivíduos. Vale ressaltar também que não foi possível sustentar um sistema em que os direitos de liberdade pudessem ser gozados plenamente sem a intervenção ativa do Estado para criar as condições objetivas de sua realização¹⁹; assim, foi necessário a cumulação dos princípios apresentados com os modelos posteriores, visando minimizar as assimetrias estruturais.

Outrossim, a análise dos déficits na aplicação de um sistema democrático baseado na perspectiva liberal, em sua relação intrínseca com o exercício cidadão, revela como tais lapsos acarretam um ambiente marcado por falhas sistêmicas na esfera federal e presidencialista, especialmente no contexto brasileiro contemporâneo, tendo em vista que a ênfase na propriedade privada como direito absoluto cria desigualdades que dificultam a participação efetiva. Desse modo, o Estado brasileiro opera por meio de um arranjo institucional que permite a interação e o controle recíproco entre os Poderes, de modo a evitar desvios que possam resultar em práticas arbitrárias ou corrompidas, garantindo, assim, a preservação das prerrogativas individuais²⁰.

Em conclusão, a relação entre liberalismo e democracia é posta como uma equação complexa²¹, em razão de se emaranhar ao ponto dos conceitos desenvolverem carga valorativa em elo. No contexto brasileiro, esse legado assume contornos específicos: as desigualdades estruturais impõem desafios à plena realização de um ideal verdadeiramente participativo, exigindo uma existência capaz de equilibrar direitos individuais, cidadania e controle recíproco entre os Poderes. Assim, compreender as raízes liberais da democracia não implica apenas reconstruir seu percurso histórico, mas também reconhecer seus limites e potencialidades diante das demandas inseridas por tensões.

2.2 CONSTRUÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO E O MITO DA DESCONCENTRAÇÃO DO PODER

O federalismo pode ser definido como o sistema de organização estatal no qual o poder e a autoridade são repartidos territorialmente entre diferentes níveis de governo, de acordo com a Constituição, de modo que tanto o governo central quanto os governos subnacionais atuam de forma independente dentro de suas esferas próprias de ação²². Tal modelo de organização política foi introduzido no Brasil, pela primeira vez, na Constituição de 1891, a qual estabeleceu uma república federativa no país por meio da dissolução do Estado unitário imperial vigente. Contudo, apesar do discurso da época dizer que o

19 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 211

20 JÚNIOR, Elias Soares de Souza. Reflexões acerca do liberalismo político em Montesquieu. **Filosofia: Caderno de monografias**, v. 4, n. 4, 2024, p. 36. Disponível em: <https://seer.uniacademia.edu.br/index.php/FIL/article/view/3935>. Acesso em: 22 nov. 2025.

21 BITTAR, Guilherme de Moraes. **Democracia e liberdade: a falsa promessa do liberalismo no estado ainda-não-democrático de direito brasileiro**. 2021, p. 88. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/items/065a7f11-4321-4831-b629-9fc3d92c23e1>. Acesso em: 22 nov. 2025.

22 ALMEIDA, Maria Hermínia Brandão Tavares de. Federalismo, democracia e governo no Brasil: idéias, hipóteses e evidências. **BIB : Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n. 51, p. 13-34, 2001. Tradução. Disponível em: https://biblio.fflch.usp.br/Almeida_MHBT_53_1273180_FederalismoDemocraciaEGovernoNoBrasil.pdf. Acesso em: 25 nov. 2025.

federalismo brasileiro nascera de forma centrífuga²³, como produto das lutas por liberdades individuais e pela autonomia provincial, este nunca verdadeiramente se desvinculou da concentração de poderes. Dessa forma, o intuito desta seção será analisar as mudanças sofridas pelo federalismo brasileiro e como estas influenciaram a logística do presidencialismo de coalizão e da democracia brasileira.

Inicialmente, é importante destacar que o surgimento do federalismo está intrinsecamente ligado à disseminação das ideias liberais. Nesse sentido, principalmente no cenário norte-americano, o liberalismo político buscava limitar o poder e a intervenção do Estado para proteger liberdades individuais e direitos fundamentais, evitando a tirania e outros abusos de poder. Nesse cenário, a ideia central do federalismo - de distribuir os poderes entre os diversos entes que formam o Estado, de modo a prevenir abusos - parecia encaixar perfeitamente com as soluções que o liberalismo almejava. Diante disso, movidas pelas promessas liberais, as 13 colônias se juntaram, dando origem a um Estado federal de formação centrípeta, organizado pela Constituição de 1787, a qual também distribuiu as competências entre a União soberana e os Estados-membros autônomos.

Inspirados no modelo federativo norte-americano, os governantes que consolidaram o golpe militar que deu origem à república no Brasil também optaram pela adoção do federalismo, porém por um motivo distinto. Embora o discurso da época que justificava a escolha da adoção de um federalismo semelhante ao estadunidense, no Brasil era preciso recompensar as elites que haviam apoiado o golpe. Sob essa ótica, as elites civis, em especial as agrário-exportadoras, tinham três principais reivindicações: federalismo radical, apoio político incondicional do governo nacional e fluxo de recursos²⁴. Dessa forma, uma vez garantidos esses três elementos, era possível estabelecer um regime oligárquico baseado na política do café com leite, no qual se protegiam os interesses econômicos e políticos apenas das elites, deixando à margem as necessidades e os direitos do restante da população.

Sob essa perspectiva, compreender o funcionamento da política do “café com leite” é fundamental para identificar as origens de práticas clientelistas que perduram até hoje na democracia brasileira. Na República Oligárquica, havia uma alternância no poder federal entre as oligarquias de São Paulo e de Minas Gerais, ou seja, se o atual mandato fosse de um presidente paulista, o próximo seria de um presidente mineiro. Essa arquitetura só era possível caso o candidato à presidência tivesse o apoio dos governadores, que, por sua vez, precisavam do auxílio dos coronéis, figuras-chave para o processo.

Os coronéis, líderes políticos e econômicos regionais, praticavam uma relação de clientelismo sobre o eleitorado local, isto é, uma relação desigual na qual um líder político

23 ANDRADE, Júnio Mendonça de; SANTOS, Karlos Kleiton dos; JESUS, Gustavo Santana de. Formação do federalismo norte-Americano e do federalismo brasileiro. **Interfaces Científicas** - Direito, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 29–36, 2017. Disponível em: <https://periodicosgrupotiradentes.emnuvens.com.br/direito/article/view/3594>. Acesso em: 25 nov. 2025.

24 PERISSINOTTO, Renato Monseff; MASSIMO, Lucas; COSTA, Luiz Domingos. Oligarquia Competitiva e Profissionalização Política: O Caso dos Senadores Brasileiros na Primeira República (1889-1934). Rio de Janeiro: **Revista de Ciências Sociais**, v. 60, n. 1, p. 79-110, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Jyz3wf5hvTt8GfdmPxhNDkm/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 25 nov. 2025.

distribui favores e benefícios de forma pessoal em troca de apoio e votos, por meio de vínculos particulares e pela dependência do cliente em relação ao patrono²⁵. A partir dessa prática, os coronéis garantiam os votos aos governadores, e estes davam apoio ao candidato à presidência, formando uma rede de alianças articulada que concentrava os poderes nas elites paulistas e mineiras.

Dessa dinâmica, é possível extrair duas constatações essenciais. Primeiro, embora as formas de clientelismo tenham se transformado ao longo do tempo, especialmente com a adaptação ao presidencialismo de coalizão, a lógica e a essência - baseada em troca de apoio político e distribuição seletiva de recursos - permanecem praticamente as mesmas. Segundo, observa-se que a ruptura com o Estado unitário não impediu a concentração de poderes; eles apenas foram deslocados para o governo nacional e apropriados por uma elite restrita e excludente.

Entretanto, ao comparar-se a Primeira República com o cenário democrático atual, percebe-se uma mudança significativa: o enfraquecimento do poder de barganha dos governos subnacionais e a crescente concentração de autoridade no Executivo nacional e na Câmara dos Deputados. Sob essa ótica, como já mencionado anteriormente, os governadores tinham um papel central na engrenagem política do café com leite, porém, desde a Revolução de 30, na qual houve a centralização do poder na figura de Vargas, os governos subnacionais nunca recuperaram completamente sua influência política e seu poder de barganha.

Hoje, esse fenômeno é muito claro quando observa-se o domínio da disciplina partidária. Esta significa que o comportamento parlamentar tende a ser dominado pela lealdade aos líderes partidários (*party discipline*), que é sistematicamente mais alta do que a lealdade ao governador do estado em que foi eleito. Nesse sentido, o voto dos parlamentares segue as orientações partidárias, mesmo em matérias que penalizam as receitas ou a autonomia decisória dos governos subnacionais²⁶, fazendo com que os interesses políticos fiquem em primeiro plano, enquanto os interesses locais sejam relegados a segundo plano.

Uma possível explicação para esse predomínio da disciplina partidária é o acirramento da polarização política observado no Brasil nos últimos anos. Embora a literatura tradicionalmente caracterize o país como marcado por relativa apatia política, esse quadro se altera de forma significativa a partir da crescente rivalidade entre bolsonaristas e lulistas²⁷. A disputa tornou-se mais intensa e emocionalizada, principalmente, nas eleições recentes, gerando um ambiente no qual orientações ideológicas passam a definir identidades e a orientar comportamentos. O episódio de 8 de janeiro de 2023 mostra com clareza

25 SILVA, João Manuel Gonçalves da. O clientelismo partidário durante a I República: caso do Partido Reconstituente (1920-1923). *Análise Social*, v. 32, n. 140, p. 31-74, 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41011255>. Acesso em: 25 nov. 2025.

26 ARRETICHE, Marta. "The veto power of sub-national governments in Brazil: Political institutions and parliamentary behaviour in the post-1988 period". *Brazilian Political Science Review*, v. 1, n. 2, p. 40-73, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bpsr/a/QWkQySxf8bs9BsXWM963mfw/?lang=en>. Acesso em: 25 nov. 2025.

27 FUX, Mário; MARQUES, Pedro Henrique. Polarização e contexto: medindo e explicando a polarização política no Brasil. Campinas: Revista do CESOP, v. 28, n. 3, p. 560-593, set.-dez., 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/SCmKT44FzwmGMp6jtBZ3Dfk/?format=html&lang=pt&stop=previous>. Acesso em: 25 nov. 2025.

essa transformação: a polarização, convertida em intolerância e ódio ao atual presidente da República, levou grupos extremistas da direita a praticarem atos criminosos contra as instituições democráticas. Dessa forma, devido à afloração ideológica, de modo geral, do eleitorado brasileiro, os congressistas podem ter procurado agradar os seus eleitores seguindo o voto do líder partidário e as orientações ideológicas do partido, ao invés de votar em matérias de acordo com os interesses dos estados em que foram eleitos.

Somado à disciplina partidária, os governos subnacionais enfrentam poucos pontos de veto quando comparados, por exemplo, ao federalismo norte-americano. Nesse sentido, devido à formação de um federalismo dual nos EUA - baseado na repartição clássica e rigidamente delimitada de competências entre União e estados²⁸ - os governos estaduais dispõem de mecanismos de veto bem definidos, isto é, “instâncias institucionais que permitem a um ator ou território bloquear uma decisão (como um Senado forte, referendos estaduais, exigência de aprovação das assembleias estaduais etc.)”²⁹. Por outro lado, no Brasil, o federalismo possui natureza cooperativa. Isso quer dizer que a relação entre o governo federal e os governos estaduais (comunidades parciais) parte da lógica de união, aliança e coordenação³⁰, resultando em maior interdependência funcional entre os entes federativos e, sobretudo, em forte dependência dos estados em relação à União, a qual concentrou parcela significativa das competências constitucionais e financeiras. Desse modo, devido ao desequilíbrio na distribuição de competências, os estados ficaram com poucos pontos de veto, quando comparados à União, diminuindo a sua influência política e o seu protagonismo na dinâmica do presidencialismo de coalizão.

Nesse contexto, cabe refletir sobre a alegada tentativa do governo Bolsonaro de se aproximar do federalismo dual norte-americano a fim de diminuir a interdependência entre os entes federativos. A possível desconcentração de parcela dos grandes poderes destinados à União como consequência da ação seria benéfica, porém, o que ocorreu foi muito diferente. O presidente adotou postura de comando autocrático, contrastando com a cultura de negociação que caracterizou a democracia brasileira pós-88, chegando até a transferir recursos de forma pulverizada³¹, como o “orçamento secreto”³², o qual fere o princípio de publicidade e transparência da administração pública.

28 HORTA, Raul Machado. O Federalismo no direito constitucional contemporâneo. Revista latino-americana de estudos constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, p. 713–740, jan./jun., 2003. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista19e20/revista19e20%20%20RAUL%20MACHADO%20HORTA%20-%20O%20Federalismo%20no%20Direito%20Constitucional%20Contempor%C3%A2neo.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2025.

29 ARRETCHE, Marta. “The veto power of sub-national governments in Brazil: Political institutions and parliamentary behaviour in the post-1988 period”. Brazilian Political Science Review, v. 1, n. 2, p. 40-73, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bpsr/a/QWkQySxf8bs9BsXWM963mfw/?lang=en>. Acesso em: 25 nov. 2025.

30 HORTA, Raul Machado. *op. cit.*

31 ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo brasileiro e projeto nacional: os desafios da democracia e da desigualdade. **Revista USP**, São Paulo, n. 134, p. 127–142, 2022. Disponível em: <https://revistas.usp.br/revusp/article/view/202382>. Acesso em: 25 nov. 2025.

32 O orçamento secreto foi um esquema de distribuição de emendas parlamentares — as emendas de relator (RP9) — usado para enviar dinheiro público sem transparência sobre quem pediu, para onde foi e por qual motivo. Em dezembro de 2022, o STF declarou esse mecanismo inconstitucional, entendendo que ele violava os princípios de publicidade, impessoalidade e moralidade, e determinou o fim das RP9.

A partir da análise do percurso do federalismo brasileiro percebe-se que, embora o país tenha adotado uma estrutura descentralizada desde 1891, isso nunca se traduziu em uma efetiva desconcentração do poder. A Primeira República contou com um arranjo em que as oligarquias estaduais monopolizavam as decisões nacionais por meio da política do café com leite e de redes clientelistas profundamente desiguais. A Revolução de 1930 deslocou esse núcleo decisório para o governo central, e, mesmo com a redemocratização e a Constituição de 1988, o federalismo cooperativo consolidou uma dependência estrutural dos estados em relação à União.

Na atualidade, a permanência de práticas clientelistas, o enfraquecimento progressivo dos governos subnacionais, a hegemonia da disciplina partidária e a existência de poucos pontos de veto evidenciam que, apesar da descentralização formal, o poder decisório nunca deixou de se concentrar em grupos restritos, seja nas oligarquias regionais, ou nos líderes partidários e no Executivo nacional. Assim, o mito da desconcentração do poder revela-se incompatível com a trajetória real do federalismo brasileiro, o qual permaneceu marcado por assimetrias e pela predominância de atores centrais na condução do processo político.

3. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

O federalismo brasileiro também está relacionado a uma característica especial na democracia do país: a necessidade do Poder Executivo de realizar pactos e alianças com os membros de outros poderes. Isso se deve ao fato da distribuição das competências administrativas e legislativas entre os entes federativos resultar na necessidade de apoio partidário para que garantir a governabilidade nos mandatos presidenciais. Desse modo, para garantir que suas propostas sejam cumpridas, o presidente precisa contar com o apoio dos representantes legislativos dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal.

Nesse sentido, o cientista político Sérgio Abranches, em 1988, criou uma terminologia com o objetivo de explicar e representar o sistema político brasileiro, conhecido como o presidencialismo de coalizão. Segundo o autor, presidencialismo de coalizão designa o arranjo institucional brasileiro no qual o Poder Executivo depende da formação de amplas alianças multipartidárias para assegurar sustentação no Legislativo. Tal dinâmica implica processos decisórios mais complexos e intensamente negociados, dada a necessidade de conciliar interesses heterogêneos entre os partidos que compõem a coalizão governamental.

Na análise de Abranches, dentro da realidade brasileira, devido à grande pluralidade partidária presente na esfera política do país, um presidente, mesmo após a sua eleição, não consegue governar plenamente de acordo com seus propósitos e projetos eleitorais, alinhados com seu partido, se não formar alianças partidárias com grupos e figuras de interesse, visando a aprovação e materialização de seus projetos e políticas no Congresso Nacional. Nessa perspectiva, o autor define como o presidencialismo de coalizão a estratégia política utilizada por presidentes, de modo que consigam conduzir uma boa administração governamental, sendo essa estratégia a busca por apoio de múltiplos partidos no Congres-

so, visando a formação de uma maioria governamental que aprove os projetos, ideais e propostas do Presidente. Esses acordos, visando ter o Congresso Nacional como pilastra de apoio governamental, se desenvolvem por meio da promoção de relações como, por exemplo, a distribuição de cargos ministeriais ou o acesso a recursos de ministérios e órgãos públicos, com o objetivo de estabelecer um sistema de alianças a fim de governar de forma efetiva e plena em um sistema político multipartidário.

Isso posto, pode-se observar como antecedente institucional desse modelo de organização política a promulgação da Constituição de 1946, onde consta, no quadragésimo segundo artigo que: “Em cada uma das câmaras, salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos seus membros”³³. Destaca-se também que a Constituição da época ainda previa a divisão bicameral do Poder Legislativo, sendo composto pelo Senado Federal e a Câmara dos Deputados. Desse modo, é possível a observação de que, desde o desenvolvimento da primeira constituição democrática no Brasil, a conquista da maioria dos votos dentro do Congresso é imprescindível para que projetos e políticas, como as propostas pelo Presidente, sejam aprovadas. Consequentemente, conclui-se que a realização de parcerias e cooperações sempre foram essenciais para o pleno funcionamento do sistema político brasileiro.

O Brasil, como uma Democracia Federalista Republicana e Presidencialista, teve como objetivo, ao adquirir um caráter democrático e federalista, uma maior divisão do poder, com a proposta de evitar a existência de uma figura soberana e absoluta, como visto durante o período monárquico. Tendo em vista o modelo colonialista imposto no Brasil, desde 1500, e a instauração de Portugal como figura soberana em sua colônia, a necessidade da instauração de um modelo mais democrático, dividido e plural na política brasileira, após a sua independência, foi essencial para a sua consolidação como nação. Assim sendo, o modelo pluralista foi adotado visando o não abuso de autoridade e a manutenção do caráter justo e igualitário que a Lei se propõe a cumprir. Desse modo, analisa-se o modelo pluralista de modo que “O conceito retrata, portanto, o desenvolvimento institucional decorrente da luta de atores estatais por afirmação institucional, que resulta na pluralização da estrutura intraestatal³⁴”, estabelecendo uma forma de organização onde o Estado é dividido não somente entre os três poderes, Judiciário, Legislativo e Executivo, mas, também, dentro dos poderes, apresenta uma alta divisão do trabalho, entre ministérios e diversos órgãos, e grande complementaridade dos cargos e funções públicas estabelecidas. Diante do exposto, analisa-se a imprescindibilidade, especialmente no Brasil, um país de grande extensão e população, a necessidade de um modelo político e governamental plural e diverso.

Portanto, cabe a análise das duas perspectivas, propostas pelos intelectuais Sérgio Abranches e Ricardo Limongi, acerca do conceito de presidencialismo de coalizão, sua

33 BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946.

34 ARANTES, Rogério B; MOREIRA, Thiago M. Q. **Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal**. Opinião Pública. Campinas, vol. 25, nº 1, 2019, p.104.

origem e o seu impacto e reflexo na sociedade brasileira. O cientista político Sérgio Abranches traz o conceito de presidencialismo de coalizão sob uma perspectiva inovadora, com um tom de ineditismo e originalidade, afirmando, ao criar e desenvolver esse conceito, que ele é um modelo típico e exclusivo do Brasil, não somente devido à pluralidade partidária presente no país, mas também por causa de seu grande tamanho em extensão e suas divisões regionais. Nesse viés, Abranches afirma que há uma incapacidade da formação de uma coalizão estritamente partidária na realidade brasileira, posto que o regionalismo é extremamente presente no país, e alianças inter-regionais acabam causando o enfraquecimento e apontando a maior fragilidade de partidos políticos. Para exemplificar as alianças regionais, Abranches aborda o caso da eleição do Presidente Getúlio Vargas, em 1930, afirmando que:

Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba apoiaram Getúlio Vargas contra Júlio Prestes, patrocinado por São Paulo. Quando as forças dominantes nos estados-chaves se uniram na coalizão, o presidente foi eleito, em média, com 90% dos votos.³⁵

Desta forma, pode-se analisar que a eleição do Presidente Getúlio Vargas, no ano de 1930 reflete a perspectiva posta por Abranches em relação ao caráter do regionalismo e o poder que alianças não partidárias podem ter sob a política brasileira. Esse caráter regional da política reflete a sobrevivência de modelos tradicionais, como o regional e local, que relacionam-se com as práticas do coronelismo e do clientelismo, problematizadas pelo autor e por diversos cientistas políticos brasileiros, caracterizados pela troca de favores e benefícios por apoio político, no clientelismo, e pela utilização de ameaças e da violência para a obtenção de apoio político, no coronelismo, práticas extremamente comuns no período da República Velha (1889-1930).

Nesse sentido, analisa-se uma das principais críticas ao presidencialismo de coalizão, que é a perpetuação de modelos antiquados, como o do clientelismo, que pendem para o atraso da democracia e aproximam-se de práticas corruptas e ilegítimas dentro da política. A diferenciação entre a formação de alianças políticas e partidárias aos atos ilegais praticados durante o período da República Velha, é extremamente preocupante e alarmante, pois atrasa o andamento da política brasileira, e ao mesmo tempo reflete a pouca evolução que a sociedade teve no que diz respeito a manutenção da democracia e da plena forma de governo não corrupto.

Por outra perspectiva, o autor Ricardo Limongi analisa o modelo de presidencialismo de coalizão como não originário do Brasil, afirmando que diversas democracias ao redor do mundo, como em outras partes da América Latina, países do continente africano e países do Leste Europeu, também são adeptos a esse modelo político, e o que permite que o Brasil se aproxime destas outras diversas democracias é a prevalência da agenda do Poder Executivo. Como afirma o autor:

Sendo alhures a Europa e países parlamentaristas, entende-se o argumento de que a realidade ganha significado diverso quando atravessa o Atlântico e pousa em terras

35 ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

inóspitas, tropicais. Assim, nomeio a segunda parte desta exposição como tratando das objeções.³⁶

Desse modo, cabe a análise de que o autor possui algumas críticas em relação à teoria proposta por Sérgio Abranches, não somente no que diz respeito à singularidade do modelo do presidencialismo de coalizão no Brasil, mas também explicita que Abranches escreve a sua teoria antes da instauração da Constituição de 1988, que institucionalizou o presidencialismo de coalizão ao apresenta características típicas do sistema parlamentarista de governo, como a instituição do poder do Presidente da República de legislar por meio de Medidas Provisórias e outras medidas.

Isto posto, evidencia-se o impacto da relação entre Legislativo e Executivo no funcionamento democrático por meio de dois indicadores desenvolvidos por Figueiredo e Limongi: a Taxa de Sucesso e a Taxa de Dominância. A Taxa de Sucesso mede quantos projetos do Executivo são aprovados pelo Congresso, índice que no Brasil permanece entre 80% e 90%, revelando a força do presidencialismo de coalizão, no qual alianças entre o Presidente e partidos legislativos garantem ampla aprovação da agenda governamental. Já a Taxa de Dominância avalia a proporção de leis oriundas do Executivo em relação às demais iniciativas — do Legislativo, da sociedade civil ou de outros Poderes. Também situada entre 80% e 90%, ela demonstra que a maior parte das normas aprovadas tem origem no Executivo, reforçando a centralidade desse Poder no processo legislativo e a eficácia do modelo de coalizão.

Apesar desta análise, Ricardo Limongi aponta três objeções ao presidencialismo de coalizão, que são a problemática da relação íntima entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a agenda de antecipação das reações e as falhas do governo representativo. Como afirma Limongi:

Sendo assim, o referencial analítico usado para compreender as relações entre o Executivo e o Legislativo sob parlamentarismo podem ser usados no estudo do funcionamento do presidencialismo. O processo decisório favorece o Executivo, que, contando com esses recursos, é capaz de estruturar e preservar sua base de apoio legislativa. Em ambos os casos, o Executivo governa amparado pela delegação da maioria. A distância entre governos presidencialistas e parlamentaristas é menor do que normalmente se supõe³⁷.

O autor reflete sobre a problemática da Taxa de Sucesso do Poder Executivo, tendo em vista que o Brasil adota um modelo presidencialista, e não parlamentarista. Tendo em vista que Limongi está inserido em um contexto após a instituição da Constituição de 1988, o autor defende que o presidente possui uma prerrogativa constitucional para legislar em áreas distintas, fator não conhecido por Abranches ao desenvolver a crítica da proximidade dos poderes.

36 LIMONGI, Fernando. **Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. Novos Estudos CEBRAP Ed. 76, 2006 p. 21.

37 LIMONGI, Fernando. **Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. Novos Estudos CEBRAP Ed. 76, 2006 p. 28.

Nesse contexto, observa-se também a crítica de que existe uma antecipação das reações do Poder Legislativo acerca das medidas tomadas pelo Presidente, além do fato de que o Presidente teme o veto das minorias e não propõe votações que ele não possa ganhar. Em resposta a essa crítica, Limongi afirma que, na realidade brasileira, o autor não teme o veto das minorias, tendo em vista que o sistema político do Brasil favorece a maioria. Desse modo, apresenta-se a terceira principal crítica realizada ao presidencialismo de coalizão, que afirma que ele falha ao garantir um governo representativo, ao que o autor rebate que essa crítica levanta suspeitas sobre a legitimidade dos mandatos da maioria dos deputados e senadores, e não reflete sobre a prática de parcerias e alianças políticas entre o Presidente e membros partidários.

4. PROCESSO LEGISLATIVO

Diante do exposto, cabe pensar um pouco mais sobre o processo legislativo brasileiro, que constitui o espaço institucional em que se materializam as negociações, os conflitos e as acomodações necessárias ao funcionamento do presidencialismo de coalizão e, especialmente, o espaço em que os estados federados possuem voz e voto.

Nesse sentido, ele não se limita apenas a uma sequência formal de procedimentos previstos na Constituição Federal, mas opera como mecanismo central de articulação entre o Executivo e o Legislativo, especialmente em um sistema multipartidário e federativo como o brasileiro. É por meio desse processo que se observam, de forma concreta, os efeitos do federalismo cooperativo, as estratégias de coordenação presidencial e as dinâmicas de barganha política que sustentam a governabilidade democrática.

Do ponto de vista normativo, o processo legislativo é estruturado pelos arts. 59 a 69 da Constituição Federal, que disciplinam as espécies normativas e os procedimentos de sua tramitação, complementados pelos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal³⁸.

O procedimento comum refere-se à tramitação regular de um projeto de lei, que passa por todas as etapas estabelecidas, sem a definição de um prazo específico, e coexiste com procedimentos especiais, que regulam a tramitação de matérias que possuem uma natureza diferenciada como: emendas constitucionais, medidas provisórias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções, nos procedimentos especiais, há a estipulação um prazo máximo para a deliberação do Congresso Nacional. Por último, pode-se falar no procedimento abreviado, que permite que o projeto seja considerado aprovado com a simples aprovação das comissões de cada casa. Cumpre esclarecer, entretanto, que o chamado “procedimento abreviado” não está previsto na Constituição, mas decorre de mecanismos regimentais, como a apreciação conclusiva pelas comissões.

No processo legislativo brasileiro, um dos momentos cruciais é a tramitação do projeto de lei nas duas Casas do Congresso Nacional: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. De modo geral, a Câmara é a Casa Iniciadora, enquanto o Senado atua como

38 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Casa Revisora. No entanto, há exceções em que o Senado pode iniciar a tramitação, especialmente quando o projeto é proposto por um senador ou por uma comissão do Senado.

Após a apresentação do projeto, ele é encaminhado para análise nas comissões, que desempenham papel essencial, pois são encarregadas de discutir e emitir pareceres sobre o projeto, podendo sugerir alterações para aprimorar o texto.

Durante essa fase, ocorre o poder de emenda, no qual os parlamentares têm a possibilidade de apresentar alterações no projeto de lei. As emendas podem ter diversas naturezas, conforme o estabelecido no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD, art. 118).

As emendas supracitadas são essenciais para o aperfeiçoamento legislativo, pois permitem que os parlamentares ajustem e adequem as propostas às necessidades e demandas da sociedade, garantindo que o projeto esteja em conformidade com as exigências legais e constitucionais. Esse momento reforça o caráter democrático do processo legislativo, pois viabiliza a deliberação plural e a revisão técnica, impedindo que proposições sejam aprovadas de maneira atropelada ou concentrada exclusivamente na agenda do Executivo.

Após a análise nas comissões e a incorporação das emendas, o projeto segue para a deliberação no Plenário, onde será discutido e votado pelos parlamentares. A dinâmica de análise e revisão nas duas Casas do Congresso Nacional assegura, em teoria, que o processo legislativo seja abrangente, democrático e representativo, refletindo a pluralidade de opiniões e interesses da sociedade brasileira.

A fase de votação é um momento crucial do processo legislativo, pois é quando se realiza a deliberação efetiva sobre o projeto de lei. É fundamental compreender os tipos de quórum necessários para que a votação seja válida e os projetos sejam aprovados ou rejeitados.

Existem dois tipos principais de quórum no processo legislativo: o quórum de instalação, que é o número mínimo de parlamentares que deve estar presente para que a votação seja iniciada, e o quórum de aprovação, que se refere ao número mínimo de votos favoráveis necessários para a aprovação do projeto.

Além disso, para cada tipo de projeto, como por exemplo, os Projetos de Leis Ordinárias ou Projetos de Leis Complementares, é exigido um número diferente de quórum. Para aprovar um projeto de Lei Ordinária, basta uma maioria simples favorável. No entanto, para aprovar um projeto de Lei Complementar, é necessário que a maioria absoluta dos parlamentares tenha sido favorável ao projeto.

Após a votação, na hipótese de o projeto ter sido aprovado, será arquivado e não poderá ser reapresentado na mesma sessão legislativa, salvo exceções que permitam sua reavaliação por iniciativa da maioria absoluta de uma das Casas.

O projeto pode, ainda, ser aprovado com ou sem emendas, isto é, se a Casa Revisora aprovar o projeto exatamente como foi enviado pela Casa Iniciadora, ele segue para sanção ou veto do Presidente da República. Nesse caso, o projeto se torna lei, desde que não haja veto. Diante da segunda possibilidade, ele retorna à Casa Iniciadora para que os

parlamentares analisem as alterações. A Casa Iniciadora pode aprovar, rejeitar ou propor novas modificações às emendas.

Se o projeto for rejeitado na Casa Revisora, ele não poderá ser reapresentado na mesma sessão legislativa (período de um ano), mas poderá ser reintroduzido em uma nova sessão, desde que respeitadas as regras de iniciativa e quórum.

Diante da aprovação por ambas as Casas, o projeto é enviado ao Presidente da República, que poderá optar por sancioná-lo ou vetá-lo. O veto pode ser total ou parcial. Quando parcial, o Presidente pode vetar um trecho específico, como um artigo, inciso ou parágrafo. O veto possui efeito suspensivo, ou seja, impede a promulgação até que o Congresso aprecie a decisão presidencial. Caso o Presidente da República exerça o veto, ele possui efeito suspensivo, ou seja, ele interrompe a tramitação do projeto até que o Congresso decida sobre a sua aprovação ou rejeição.

A sanção pode ser expressa, quando o Presidente se manifesta de forma clara, ou tácita, quando não se pronuncia dentro do prazo, resultando na sanção automática. A sanção, portanto, é o ato formal que integra a vontade do Presidente à presidência do Congresso.

Sancionado o projeto, a nova Lei será promulgada e publicada, entrando em vigência quarenta e cinco dias a partir da data da publicação (art. 1º da LINDB). Uma vez que exista disposição expressa, pode ser determinada uma *vacatio legis* diferenciada.

Nesse ponto, torna-se indispensável explicitar como o liberalismo político informa a própria arquitetura do processo legislativo brasileiro. A concepção liberal clássica de limitação do poder, fundada na separação de funções estatais e na exigência de controle recíproco, fornece o fundamento normativo para compreender por que o Legislativo não opera apenas como um espaço de produção normativa, mas como um polo estrutural do equilíbrio institucional.

O exemplo paradigmático de *Marbury v. Madison* ilustra essa racionalidade: ao afirmar que o poder do Judiciário pode revisar atos incompatíveis com a Constituição, a Suprema Corte norte-americana consolidou uma tradição em que cada Poder controla, limita e condiciona o outro³⁹. Esse caso demonstra a expressão da lógica liberal segundo a qual a legitimidade democrática depende da contenção mútua entre as instituições.

Assim, no contexto brasileiro, o processo legislativo adquire função que transcende a mera elaboração de leis: ele constitui mecanismo estruturante do sistema de freios e contrapesos, limitando o Executivo, condicionando o Judiciário e absorvendo tensões federativas em chave cooperativa.

Dessa forma, a dimensão meramente descritiva do processo legislativo não é suficiente para explicar seu papel na dinâmica política brasileira. A literatura clássica demonstra que ferramentas como a urgência constitucional, as medidas provisórias, o veto presidencial e o poder de agenda exercido pelas lideranças partidárias constituem instrumentos políticos decisivos para a coordenação das coalizões.

39 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. decidido em 24 fev. 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137>. Acesso em: 24 nov. 2025.

Sob essa ótica, Paulo Ricardo Schier demonstra que o Executivo controla a maior parte da agenda legislativa e obtém taxas de sucesso entre 80% e 90% (evidência empírica de que o processo legislativo favorece a atuação do Executivo em regimes presidencialistas com coalizões estáveis). Esses achados permitem compreender por que o presidencialismo brasileiro opera com elevada centralização da agenda, mas não necessariamente com concentração de poder⁴⁰.

Nesse contexto, a urgência constitucional funciona como mecanismo de aceleração deliberativa que força o Congresso a priorizar projetos de interesse presidencial. O artigo “Papel Da Presidência Na Gestão Da Coordenação Política Governamental: Arranjos E Dinâmicas De Poder Com A Coalizão (1995-2010)”, mostra que Fernando Henrique Cardoso atingiu a urgência constitucional de forma sistemática para avançar reformas estruturais, especialmente durante a tramitação da Reforma Administrativa e da Reforma da Previdência. No governo Lula, a urgência também foi utilizada para garantir celeridade em políticas sociais e econômicas estratégicas, revelando o papel desse instrumento como recurso de pressão institucional. Sendo assim, fica evidente que o processo legislativo é um espaço de coordenação e de antecipação estratégica, não um rito neutro.

As medidas provisórias, por sua vez, constituem um dos pontos de maior tensão entre os poderes. Desde 1988, funcionam como instrumento de legislação imediata, com força de lei, exigindo apreciação pelo Congresso.

Para Abranches, a utilização intensiva de medidas provisórias é parte estrutural do presidencialismo de coalizão, que depende de mecanismos céleres para garantir a implementação de políticas em ambiente multipartidário. Assim, o processo legislativo revela como o Executivo, ao propor MPs, redefine o ritmo e o escopo da produção normativa nacional.

A dinâmica legislativa também inclui mecanismos de barganha e veto. O veto presidencial, total ou parcial, possui efeito suspensivo e frequentemente é utilizado como instrumento de negociação com a base e a oposição. A derrubada de vetos, embora possível, é rara. O que demonstra a força relativa do Executivo nesse campo.

O artigo Federalismo, Governabilidade e Gestão Orçamentária⁴¹, de Autoria de Ana Lúcia Aguiar Melo, aprofunda essa realidade ao discutir que o orçamento público, especialmente via Comissão Mista de Orçamento (CMO), se tornou uma arena privilegiada de negociação federativa, onde emendas, relatorias e ajustes orçamentários constituem moeda política central para a manutenção das coalizões. Essa perspectiva confirma o papel do processo legislativo como locus de disputa por recursos e alinhamentos intergovernamentais.

Nesse ponto, a relação entre processo legislativo e federalismo cooperativo torna-se evidente. O sistema de emendas parlamentares, em especial as impositivas, transforma

40 SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 20, n. 20, jul./dez. 2016.

41 MELO, Ana Lúcia Aguiar. Federalismo, governabilidade e gestão orçamentária. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 10, n. 2, p. 199–218, jul./dez. 2005, p. 2-16.

demandas regionais em instrumentos de cooperação e pressão sobre o Executivo. A lógica federativa influencia as negociações orçamentárias, pois diferentes estados e municípios competem por recursos em cenário de desigualdades regionais, o que ecoa a assimetria federativa discutida na parte anterior do artigo. Assim, o processo legislativo não apenas revela a fragmentação do sistema político, mas também os arranjos de coordenação necessários para compatibilizar interesses locais e nacionais.

Essas tensões se intensificam em momentos de crise política. Em 2015, por exemplo, durante o governo da ex-presidente da República, Dilma Rousseff, registrou-se um colapso parcial da coalizão governamental, quando parte significativa da base aliada passou a bloquear votações estratégicas.

A chamada “pauta-bomba” (aprovações legislativas contrárias ao ajuste fiscal e ao interesse do Executivo) demonstra como o processo legislativo pode se tornar instrumento de confronto quando a coordenação da coalizão falha. Esse episódio reforça que a governabilidade no presidencialismo de coalizão depende da estabilidade negociada dentro do próprio processo legislativo, e não apenas da composição formal do governo.

Em perspectiva recente, os eventos de 8 de janeiro de 2023 revelaram de forma contundente como as crises institucionais testam os limites e a capacidade de resposta do processo legislativo brasileiro. A reação coordenada entre os Poderes, com o Congresso deliberando sobre medidas de reforço ao Estado Democrático de Direito, analisando ajustes normativos e rediscutindo mecanismos de responsabilização, evidenciou que o Legislativo desempenha um papel estruturante na recomposição da estabilidade institucional. A atuação legislativa posterior ao episódio demonstrou que choques antidemocráticos podem resultar em aprimoramentos institucionais quando mediados por deliberação plural, reforçando a centralidade do Parlamento no equilíbrio entre os Poderes.

Sob outra perspectiva, a resposta institucional às enchentes que afetaram o Rio Grande do Sul evidenciou o papel do processo legislativo como mecanismo de articulação federativa em emergências.

A aprovação célere de créditos extraordinários, a análise de medidas provisórias destinadas à assistência humanitária e a coordenação entre União, estado e municípios demonstraram que o federalismo cooperativo se concretiza por meio de arranjos legislativos que conciliam autonomia subnacional e ação centralizada. A crise climática mostrou que o processo legislativo opera como ferramenta adaptativa capaz de responder institucionalmente a eventos extremos que transcendem fronteiras geográficas, reafirmando seu papel na governança democrática.

Durante a pandemia de COVID-19, o processo legislativo assume um papel ainda mais central. Conforme analisado no artigo: “Da confrontação à reação das instituições democráticas – um novo federalismo pós-COVID?”⁴², a emergência sanitária exigiu deliberações rápidas, coordenação intergovernamental e ajustes normativos céleres, como os Regimes de Tramitação Urgente e os Decretos Legislativos de Calamidade Pública.

42 OUVÉNEY, Assis Mafort; FLEURY, Sonia. Da confrontação à reação das instituições democráticas – um novo federalismo pós-COVID? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, p. e2024-0274, 2025, p. 16-18.

Os exemplos da pandemia e das enchentes no Rio Grande do Sul mostram que em cenários excepcionais, o Legislativo pode ampliar sua capacidade decisória, enquanto o Executivo utiliza instrumentos de urgência para responder a crises. Logo, o processo legislativo funciona como mecanismo adaptativo do federalismo cooperativo em situações de instabilidade.

Portanto, resta claro que o processo legislativo é um elemento imprescindível para compreender como o federalismo, o liberalismo político e o presidencialismo de coalizão moldam a democracia brasileira. Nele se expressam os limites institucionais do Executivo, as estratégias de coordenação partidária, as assimetrias federativas e as práticas de barganha política que dão sustentação ao regime democrático. Assim, o processo legislativo não se restringe à técnica jurídica de produção normativa, mas como núcleo político da democracia brasileira, como espaço em que se negociam poderes, se articulam interesses e espaço em que se materializa, concretamente, a relação possível entre os poderes da República.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise conjunta do liberalismo político, da formação histórica do federalismo brasileiro e da lógica do presidencialismo de coalizão permite compreender que a democracia brasileira se estrutura sobre bases complexas, frequentemente tensionadas por desigualdades sociais, fragmentação partidária e mecanismos de negociação institucional que moldam a governabilidade. Se, por um lado, o liberalismo trouxe um conjunto de regras voltadas à limitação do poder e à proteção das liberdades individuais, por outro, a história brasileira mostra que esses princípios nunca foram aplicados em sua completude, mas sim ajustados a uma realidade marcada por estruturas oligárquicas e práticas clientelistas.

Do mesmo modo, o federalismo brasileiro, embora formalmente descentralizado, consolidou-se historicamente como um sistema de forte centralização decisória, no qual a autonomia dos entes subnacionais permaneceu limitada. O mito da desconcentração do poder convive, portanto, com a predominância de elites políticas e, mais recentemente, com a hegemonia dos líderes partidários e da União, reforçando um padrão de dependência que atravessa toda a experiência federativa do país.

Nesse cenário, o presidencialismo de coalizão emerge não como uma anomalia, mas como uma solução institucional para garantir estabilidade e viabilizar a ação governamental em um ambiente caracterizado pelo multipartidarismo e pela ausência de maiorias legislativas estáveis. Contudo, as transformações observadas nos últimos anos - como a intensificação da polarização política, o declínio do papel dos governadores, o protagonismo da Câmara dos Deputados e o uso de instrumentos de distribuição opaca de recursos, exemplificado pelo orçamento secreto - produziram efeitos significativos sobre a qualidade da democracia. Esses fatores ampliaram tensões entre os Poderes, reconfiguraram os padrões de barganha e levantaram questionamentos sobre a transparência, a accountability e a legitimidade das coalizões governamentais contemporâneas.

Diante disso, conclui-se que a democracia brasileira encontra-se em um momento de inflexão: as instituições permanecem operantes, mas enfrentam pressões que exigem

adaptações profundas. O desafio consiste em fortalecer práticas democráticas compatíveis com um federalismo cooperativo, aperfeiçoar mecanismos de negociação entre os Poderes e reconstruir a confiança pública abalada por práticas pouco transparentes. Assim, o estudo do presidencialismo de coalizão, especialmente à luz das mudanças recentes, revela não apenas suas fragilidades, mas também seu potencial de reinvenção, indicando que a estabilidade democrática depende da capacidade das instituições de responder a um ambiente político em rápida transformação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Dados, n. 31, 1988. Disponível em: <https://dados.iesp.uerj.br/es/artigos/?id=348>. Acesso em: 25 nov. 2025.
- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão em transe e crise democrática no Brasil. **Revista Euro Latinoamericana de Análisis Social y Político (RELASP)**, v. 2, n. 3, 2021. Disponível em: <https://relasp.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/15>. Acesso em: 25 nov. 2025.
- ALMEIDA, Maria Hermínia Brandão Tavares de. Federalismo, democracia e governo no Brasil: idéias, hipóteses e evidências. BIB : **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n. 51, p. 13-34, 2001. Tradução. Disponível em: https://biblio.fflch.usp.br/Almeida_MHBT_53_1273180_FederalismoDemocraciaEGovernoNoBrasil.pdf. Acesso em: 25 nov. 2025.
- ANDRADE, Júnio Mendonça de; SANTOS, Karlos Kleiton dos; JESUS, Gustavo Santana de. Formação do federalismo norte-Americano e do federalismo brasileiro. **Interfaces Científicas - Direito**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 29–36, 2017. Disponível em: <https://periodicosgrupotiradentes.emnuvens.com.br/direito/article/view/3594>. Acesso em: 25 nov. 2025.
- ARRETCHE, Marta. “The veto power of sub-national governments in Brazil: Political institutions and parliamentary behaviour in the post-1988 period”. **Brazilian Political Science Review**, v. 1, n. 2, p. 40-73, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bpsr/a/QWkQySxf8bs9BsXWM963mfw/?lang=en>. Acesso em: 25 nov. 2025.
- BITTAR, Guilherme de Moraes. **Democracia e liberdade: a falsa promessa do liberalismo no estado ainda-não-democrático de direito brasileiro**. 2021. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/items/065a7f11-4321-4831-b629-9fc3d92c23e1>. Acesso em: 22 nov. 2025.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 24/11/2025.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Aportes bobbianos à análise da relação liberalismo/democracia**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1470>. Acesso em: 22 nov. 2025.
- COSTA, Valeriano Mendes Ferreira; PRADO, Mariana Mota. **Federalismo, cooperação e políticas públicas: as experiências brasileiras**. Brasília: Câmara dos Deputados, Cadernos de Federalismo, v. 1, s.d. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa768fe5e5cf9cfd Acesso em: 24 nov. 2025.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. decidido em 24 fev. 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 24 nov. 2025.
- FILHO CAVALCANTE, João Trindade; MENDES, Gilmar Ferreira. **Manual didático de Direito Constitucional**. 9. ed. p. 493-547. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. Série IDP.

FUX, Mário; MARQUES, Pedro Henrique. Polarização e contexto: medindo e explicando a polarização política no Brasil. Campinas: **Revista do CESOP**, v. 28, n. 3, p. 560-593, set.-dez., 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/SCmKT44FzwmGMp6jtBZ3Dfk/?format=html&lang=pt&stop=previous>. Acesso em: 25 nov. 2025.

HORTA, Raul Machado. O Federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 713-740, jan./jun., 2003. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista19e20/revista19e20%20%20RAUL%20MACHADO%20HORTA%20-%20O%20Federalismo%20no%20Direito%20Constitucional%20Contempor%C3%A2neo.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2025.

JÚNIOR, Elias Soares de Souza. Reflexões acerca do liberalismo político em Montesquieu. **Filosofia: Caderno de Monografias**, v. 4, n. 4, 2024. Disponível em: <https://seer.uniacademia.edu.br/index.php/FIL/article/view/3935>. Acesso em: 22 nov. 2025.

LAMEIRÃO, Camila Romero. **O papel da Presidência na gestão da coordenação política governamental: arranjos e dinâmicas de poder com a coalizão (1995-2010)** p. 40-56. Brasília: Ipea, 2015. (Texto para Discussão, 2014).

LEFORT, Claude. Liberalismo e democracia. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 13, n. 25, 2008. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/1142>. Acesso em: 22 nov. 2025.

MELO, Ana Lúcia Aguiar. **Federalismo, governabilidade e gestão orçamentária**. Mediações – Revista de Ciências Sociais, Londrina, v. 10, n. 2, p. 199-218, jul./dez. 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Josemar Machado de. **A teoria democrática robespierrista: do republicanismo clássico à democracia social**. Vitória: EDUFES, 2021. (Coleção Pesquisa UFES, v. 3).

OLIVEIRA, Magali Carvalho Alves de. **Medidas provisórias e a relação Executivo Legislativo: uma visão do sobrestamento de pauta**. 2009. Monografia (Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo) – Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2009.

OUVERNEY, Assis Mafort; FLEURY, Sonia. **Da confrontação à reação das instituições democráticas – um novo federalismo pós-COVID?** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, 2025.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. **Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/wDtxXwxzJzwMcr39ZmjD86m/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 25 nov. 2025.

PERISSINOTTO, Renato Monseff; MASSIMO, Lucas; COSTA, Luiz Domingos. Oligarquia Competitiva e Profissionalização Política: O Caso dos Senadores Brasileiros na Primeira República (1889-1934). Rio de Janeiro: **Revista de Ciências Sociais**, v. 60, n. 1, p. 79-110, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Jyz3wf5hvTt8GfdmPxhNDkm/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 25 nov. 2025.

PETRUCCIANI, Stefano. **Modelos de filosofia política**. Tradução de José Raimundo Vidigal. São Paulo: Paulus, 2014.

SANTOS, Fabiano. Em defesa do presidencialismo de coalizão. In: HERMANN, Klaus; MORAES, André (org.). **Reforma política no Brasil: realizações e perspectivas**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016.

SILVA, João Manuel Gonçalves da. O clientelismo partidário durante a I República: caso do Partido Reconstituente (1920-1923). **Análise Social**, v. 32, n. 140, p. 31-74, 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41011255>. Acesso em: 25 nov. 2025.

SPIETZ, Jean-Fabien. Preface. In: POCOCK, John. **Le moment machiavélien: la pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique**. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1997.

VIANA, João Paulo Saraiva Leão. Fragmentação partidária e a cláusula de barreira: dilemas do sistema político brasileiro. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, v. 13, n. 1, 2008. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/807>. Acesso em: 25 nov. 2025.

VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS: DINÂMICAS DE PODER E SILENCIAMENTO

INTRAFAMILIAL SEXUAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN: POWER DYNAMICS AND SILENCING

Luan Felipe Monteiro da Silva¹

RESUMO: A violência sexual intrafamiliar contra crianças configura uma grave violação de direitos que opera, em grande parte, sob a lógica do silenciamento. O estudo fundamenta-se no debate sociológico sobre a família enquanto instituição marcada por relações desiguais de poder. O problema de pesquisa consiste em compreender de que forma as dinâmicas de poder e as normas sociais no contexto familiar influenciam os mecanismos de proteção ao agressor. A pesquisa teve como objetivo analisar essas dinâmicas, evidenciando como hierarquias familiares e a cultura do silêncio contribuem para a impunidade e dificultam o acolhimento das vítimas. O problema central reside nas estruturas patriarcais e normas culturais que naturalizam o abuso no ambiente doméstico. Buscou-se compreender como essas estruturas históricas e sociais sustentam o silenciamento das vítimas e a perpetuação da violência. Conclui-se que a violência sexual no contexto intrafamiliar é sustentada por relações assimétricas de poder, nas quais o agressor, frequentemente uma figura masculina, é socialmente protegido por vínculos familiares e pelo medo da ruptura do núcleo familiar. Evidencia-se a necessidade de romper com modelos autoritários e fortalecer políticas públicas de proteção à infância, bem como valorizar a escuta qualificada das vítimas e a abordagem interdisciplinar.

Palavras-chave: Pedofilia; Violência intrafamiliar; Poder patriarcal; Normas sociais; Abuso infantil.

ABSTRACT: Intrafamilial sexual violence against children constitutes a serious violation of human rights and operates largely through mechanisms of silencing. This study is grounded in the sociological debate on the family as an institution shaped by unequal power relations. The research problem seeks to understand how power dynamics and social norms within the family influence mechanisms that protect the aggressor. The objective was to analyze these dynamics, revealing how family hierarchies and the culture of silence contribute to impunity and hinder adequate support for victims. The central issue lies in patriarchal power structures and cultural norms that normalize abuse within the domestic environment. The study demonstrates that such historical and social structures sustain the silencing of victims and the continuity of violence. It concludes that intrafamilial sexual violence is maintained by asymmetric power relations, in which the aggressor, often a male figure, is socially protected by family ties and fear of disrupting the family unit. The findings highlight the need to challenge authoritarian models, strengthen public protection policies, and promote qualified listening and interdisciplinary approaches.

Keywords: Pedophilia; Intrafamilial violence; Patriarchal power; Social norms; Child abuse.

1. INTRODUÇÃO

A pedofilia é definida como atração sexual por crianças e pode se manifestar por meio de diferentes comportamentos, como despir, expor-se, acariciar, masturbar-se em sua presença ou realizar atos sexuais, a exemplo de sexo oral e penetração (Trindade; Breier, 2007). A Classificação Internacional de Doenças (CID-10 F65.4), da Organização

¹ Graduando em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). E-mail para contato: felipeluan.ms0809@gmail.com.

Mundial de Saúde (OMS), descreve-a como “uma preferência sexual por crianças, geralmente de idade pré-púbere ou no início da puberdade” (Oliveira, 2023).

Caracterizada como uma parafilia, a pedofilia refere-se a um padrão persistente de interesse sexual direcionado a crianças em desenvolvimento, que, quando materializado, acarreta prejuízos significativos ao bem-estar físico, psicológico e emocional das vítimas. A palavra “parafilia” tem origem grega (pará = ao lado de, desvio; philos = amante), indicando comportamentos que se afastam do padrão sexual socialmente normativo. Para Trindade (2010, p. 139), as parafilias envolvem comportamentos sexuais intensos e recorrentes voltados a objetos ou situações incomuns, resultando em sofrimento ou prejuízo funcional. No caso da pedofilia, tais prejuízos atingem diretamente a dignidade e o desenvolvimento integral da criança.

A violência sexual contra crianças e adolescentes configura uma das mais graves violações dos direitos humanos. No Brasil, os dados evidenciam a magnitude do problema: entre 2021 e 2023, foram registrados 164.199 casos de estupro e estupro de vulnerável contra pessoas entre 0 e 19 anos, segundo levantamento do UNICEF. Diante desse cenário, torna-se imprescindível o aprofundamento de estudos que analisem os mecanismos sociais e familiares que contribuem para a reprodução e o encobrimento desses crimes.

Apesar da função socialmente atribuída à família como espaço de proteção e cuidado, é nesse ambiente que se concentram parcela significativa dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes. De Paula (2014) destaca que a família deveria desempenhar papel central na prevenção da pedofilia, promovendo um ambiente de segurança, orientação e diálogo. Contudo, a realidade demonstra a existência de estruturas que favorecem o silenciamento e a proteção ao agressor.

Sousa, Bezerra e Lustosa (2024) apontam que os abusos ocorrem majoritariamente no ambiente doméstico, frequentemente sem denúncia ou investigação, o que contribui para a perpetuação da impunidade. Essa dinâmica está associada a relações familiares hierárquicas e autoritárias. Alves e Gomes (2021, p. 10) afirmam que “grande parte dos assédios ocorre no ambiente doméstico, por iniciativa de pais, padrastos, tios e avôs, que contam com a submissão feminina, especialmente em famílias mais fechadas”.

Essa rede de silenciamento é sustentada por normas sociais implícitas que minimizam ou naturalizam o abuso, dificultando seu reconhecimento pelas vítimas e pelos demais membros da família. Conforme ressalta Moura (2021), a criança não possui condições cognitivas e emocionais para compreender plenamente a violência a que é submetida, tampouco para consentir validamente. Além disso, o agressor geralmente ocupa posição de autoridade ou confiança, o que intensifica a assimetria de poder existente.

As consequências da violência sexual intrafamiliar são profundas e comprometem o desenvolvimento integral da criança. Santos (2022) destaca que as vítimas podem apresentar impactos prolongados em sua saúde mental, autonomia e formação subjetiva, evidenciando a complexidade desse fenômeno, sustentado por estruturas de poder e normas

sociais que frequentemente priorizam a manutenção do núcleo familiar em detrimento da proteção da vítima.

Neste contexto, a presente pesquisa parte do seguinte problema: de que forma as dinâmicas de poder e as normas sociais na instituição familiar influenciam os mecanismos de apoio ao abusador em casos de pedofilia?

A investigação foi realizada com base em uma abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivos descritivos e mediante análise bibliográfica. A coleta de dados ocorreu por meio de materiais disponíveis em bases como Google Acadêmico, SciELO, periódicos científicos e documentos secundários, utilizando-se o método dedutivo e recorte temporal entre 2002 e 2025.

O objetivo geral do trabalho é descrever como as dinâmicas de poder e as normas sociais no contexto das famílias brasileiras influenciam o encobrimento e o suporte ao agressor em casos de violência sexual infantil. Como objetivos específicos, busca-se: a) descrever as hierarquias de poder nas famílias; b) examinar as normas sociais e os processos de silenciamento; c) identificar os mecanismos de proteção familiar ao abusador.

Compreender essas dinâmicas é essencial para subsidiar políticas públicas, estratégias de responsabilização e práticas de acolhimento às vítimas, contribuindo para o enfrentamento do ciclo de silêncio e impunidade no contexto intrafamiliar.

A escolha do tema também foi impulsionada por uma experiência profissional relatada por Edilene Monteiro, na qual, ao acolher o relato de uma criança vítima de aliciamento, foram observadas reações familiares pautadas na negação e na proteção ao suposto agressor. Essa vivência empírica evidenciou, de forma concreta, os mecanismos de silenciamento e preservação do infrator, contribuindo para a delimitação do recorte temático e para o desenvolvimento do olhar crítico que orienta esta pesquisa.

Por fim, o artigo estrutura-se em cinco seções articuladas entre si: a primeira aborda as dinâmicas de poder nas relações familiares, evidenciando suas raízes históricas, patriarcais e coloniais; a segunda discute as normas sociais e o estigma do abuso sexual, destacando os processos de silenciamento e culpabilização da vítima; a terceira apresenta a metodologia adotada na pesquisa, explicitando os procedimentos, critérios e abordagem analítica; a quarta analisa os mecanismos de apoio e proteção ao infrator no contexto intrafamiliar, evidenciando as estratégias de manutenção da impunidade; e a quinta seção dedica-se às considerações finais, sintetizando os principais achados e suas implicações sociais e institucionais.

2. DINÂMICAS DE PODER NAS RELAÇÕES FAMILIARES

As estruturas familiares brasileiras ainda refletem legados coloniais profundamente enraizados, que moldam as dinâmicas de poder e influenciam as respostas institucionais e sociais diante da violência sexual contra crianças no ambiente doméstico. Desde a colonização, modelos patriarcais e hierarquias rígidas configuraram a organização social, promovendo a subordinação de mulheres e crianças e reforçando a autoridade masculina como pilar da família (Pedro, 2011).

Esse sistema patriarcal e adultocêntrico, herança da colonialidade, contribui para a naturalização da violência e dificulta o reconhecimento da criança como sujeito de direitos, comprometendo sua escuta e proteção (Ribeiro, 2017). Em muitos contextos, o abuso é tratado como “questão privada”, sendo silenciado em nome da preservação da imagem familiar, o que favorece a manutenção da impunidade do agressor.

Foucault (1988) contribui para a compreensão dessas relações ao apontar que o poder opera de forma normativa e produtiva, estabelecendo discursos que regulam comportamentos e legitimam práticas. Nesse contexto, a masculinidade é historicamente associada à autoridade, controle e domínio, sendo transmitida como ideal social e familiar (Nascimento et al., 2021). Tal configuração sustenta relações assimétricas, nas quais a dependência econômica, emocional e simbólica fragiliza ainda mais a possibilidade de denúncia por parte das vítimas (Araujo, 2002).

A precariedade das políticas públicas e a fragmentação dos serviços de proteção, como saúde, assistência social e sistema de justiça, contribuem para a revitimização e subnotificação dos casos, revelando que o silenciamento não é apenas familiar, mas também estrutural (Ribeiro, 2017).

Importa destacar que, embora múltiplos membros familiares possam participar do pacto de silêncio, a responsabilidade central recai sobre o agressor e sobre as estruturas que o protegem. A culpabilização exclusiva de figuras femininas acaba por reproduzir o próprio sistema patriarcal que sustenta a violência, deslocando o foco do autor do crime e invisibilizando as relações de dominação que o legitimam.

2.1 RELAÇÃO COM NORMAS CULTURAIS

As normas sociais que minimizam ou legitimam a violência sexual intrafamiliar são resultados históricos de práticas culturais fundadas na lógica colonial brasileira. No Brasil colonial, crianças pertencentes a grupos racializados e marginalizados eram frequentemente tratadas como propriedade, reduzidas à força de trabalho ou objeto de tutela absoluta, o que contribuiu para a invisibilização de sua condição de sujeitos de direitos (Rizzini, 1998; Del Priore, 2010).

Essa herança está diretamente ligada à construção de uma masculinidade hegemônica, conforme teoriza Connell, marcada pelo exercício da autoridade sobre corpos considerados subordinados - mulheres e crianças (Bento, 2015). Tal hegemonia se expressa na tolerância social ao abuso, frequentemente encoberto em nome da honra e da manutenção da estrutura familiar (Lowenkron, 2015).

A cultura de silenciamento se consolida quando a denúncia é compreendida como ameaça à coesão familiar, transformando a vítima em causadora da desordem, enquanto o agressor mantém sua posição de poder. Essas práticas são intensificadas em contextos de desigualdade racial e socioeconômica, o que reforça a vulnerabilidade de crianças negras e periféricas, historicamente mais expostas à violência e menos protegidas pelo Estado.

Além do mais, a violência sexual infantil no Brasil não pode ser analisada de forma dissociada da questão racial, visto que o racismo estrutural atua como elemento central na

produção e manutenção das vulnerabilidades que recaem sobre crianças negras. Conforme assinala Almeida (2019), o racismo organiza as relações sociais e institucionais, operando estruturalmente na distribuição desigual de proteção, acesso à justiça e reconhecimento de direitos. No contexto da violência sexual intrafamiliar, crianças negras encontram-se historicamente situadas em posições de maior exposição e menor credibilidade institucional, sendo frequentemente submetidas ao silenciamento, à negligência estatal e à deslegitimação de suas denúncias, fenômeno que remonta às heranças da sociedade escravocrata e colonial brasileira.

Carneiro (2011) destaca que a interseção entre raça e gênero impõe às mulheres negras - e, por extensão, às crianças negras - um regime de subalternização que naturaliza sua dor e invisibiliza suas experiências de violência, reforçando processos de desumanização e exclusão simbólica. Nessa perspectiva, a análise da pedofilia e do abuso sexual infantil exige uma abordagem interseccional que considere como raça, gênero e classe se articulam na produção de desigualdades profundas, impactando diretamente a forma como o sofrimento dessas vítimas é percebido, acolhido ou ignorado pelas instituições e pela própria sociedade.

Corroborando essa realidade, dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023) indicam que mais de 60% das vítimas de estupro com até 13 anos são crianças negras, evidenciando que a violência sexual atinge de forma desproporcional esse grupo. Tais dados demonstram que o abuso sexual infantil não é um fenômeno racialmente neutro, mas atravessado por marcadores estruturais que intensificam a vulnerabilidade de crianças negras e dificultam seu acesso à proteção integral.

Dessa forma, torna-se imprescindível a descolonização das práticas familiares e a desconstrução das normas que naturalizam o abuso. Romper com esses padrões significa reconhecer que a violência sexual intrafamiliar não é um desvio isolado, mas uma expressão estruturante de relações de poder historicamente legitimadas.

3. NORMAS SOCIAIS E O ESTIGMA DO ABUSO

O estigma associado à denúncia de abuso sexual no contexto familiar constitui um dos principais entraves à efetiva proteção das vítimas. Sentimentos como vergonha, medo do julgamento social e preocupação com a reputação familiar contribuem para a manutenção do silêncio e para a continuidade do ciclo de violência. Tais elementos são sustentados por tabus sociais que transformam o abuso infantil em um tema interdito, mesmo diante de evidências concretas (Bento, 2015).

Nesse cenário, muitas famílias constroem narrativas que relativizam ou minimizam a gravidade da violência, recorrendo a justificativas que resultam na negação dos fatos e, frequentemente, na culpabilização da própria vítima. Tal lógica reforça a ideia de que a denúncia traria mais danos à família do que o próprio crime, perpetuando o segredo como mecanismo de preservação simbólica do núcleo familiar.

Gaulejac (2006, apud Costa et al., 2007) compreende a vergonha como um sentimento profundamente humano diante de situações degradantes e injustas, em que a

impossibilidade de reação gera silenciamento e isolamento. Segundo o autor, o silêncio autoimposto, decorrente da impossibilidade de simbolizar a violência vivida, contribui para o aprofundamento da humilhação social, reforçando o segredo como estratégia de sobrevivência psíquica.

No que diz respeito ao segredo familiar, Miller (1994 apud Costa et al., 2007) afirma que ele atua como um “grilhão” que aprisiona e distorce a experiência de vida, produzindo sofrimento individual e coletivo. As histórias de violência sexual intrafamiliar, por seu caráter explosivo, tendem a ser tratadas de forma velada, impedindo a elaboração do trauma e a ruptura do ciclo de violência. Mason (1997) complementa que o segredo está intimamente associado ao sentimento de vergonha, funcionando como mecanismo de contenção simbólica do insuportável.

Esse processo é reforçado por uma estrutura patriarcal historicamente consolidada, na qual a autoridade masculina é legitimada e a denúncia é interpretada como ato de traição, sobretudo quando o agressor ocupa posição de poder dentro da família. Engels (1984) aponta que, com a consolidação da família monogâmica e o advento da propriedade privada, instituiu-se a supremacia masculina, fenômeno que representou “a grande derrota histórica do sexo feminino” (Engels, 1984, p. 61), estabelecendo relações de dominação sobre mulheres e filhos.

A naturalização dessa hierarquia resultou em padrões que configuraram o homem como detentor do poder doméstico e a mulher como sujeita subordinada, responsável pelo cuidado e pela manutenção do lar. Inserida nesse contexto, a figura feminina foi historicamente submetida à autoridade masculina, o que contribuiu para a legitimação de práticas abusivas sob a lógica da posse e do controle (Engels, 1984).

Mesmo com avanços histórico-sociais, a herança patriarcal permanece operante, sustentando expectativas sociais que atribuem às mulheres o papel exclusivo de cuidado e responsabilização moral pela família. Pateman (1993) revela que, por trás do contrato social moderno, opera um contrato sexual implícito, no qual a mulher é submetida à subordinação doméstica e sexual, reforçando sua posição de vulnerabilidade.

Embora atualmente seja visível um movimento crescente de denúncia e resistência, permanece evidente que as mulheres continuam sendo as principais vítimas e, paradoxalmente, também as mais cobradas socialmente por não interromperem a violência. Cohen e Gobbetti (2003) apontam que são elas as que mais denunciam, enquanto os homens figuram como os maiores agressores, evidenciando a assimetria de gênero que estrutura essa violência.

No que tange às crianças e adolescentes, a vulnerabilidade é ainda mais acentuada. Conforme Hayeck (2017), ao longo da história, esses sujeitos foram expostos a práticas sistemáticas de violência, abandono e abuso, sendo apenas recentemente reconhecidos como sujeitos de direitos. A evolução histórica da infância revela que o abuso sexual já foi socialmente tolerado em períodos anteriores, passando gradualmente a ser compreendido como violência moral e jurídica (Honorato, 2023).

A persistência dessa prática, mesmo após sua criminalização, revela que o abuso sexual infantil não é um desvio isolado, mas uma expressão das normas sociais que historicamente legitimaram a dominação de corpos considerados vulneráveis. Desse modo, torna-se imprescindível promover a desconstrução das normas que sustentam o silêncio, a culpabilização da vítima e a proteção simbólica do agressor.

Assim, a transformação desse cenário demanda não apenas mudanças legais, mas uma profunda revisão cultural, capaz de romper com a lógica patriarcal que naturaliza a violência e substituí-la por uma cultura de responsabilização, acolhimento e proteção integral às vítimas.

4. METODOLOGIA

A presente pesquisa caracteriza-se como qualitativa, de natureza básica, com objetivos descritivos e exploratórios, buscando compreender de que maneira as dinâmicas de poder e as normas sociais presentes na instituição familiar contribuem para o silenciamento das vítimas e a proteção do agressor em casos de violência sexual intrafamiliar.

O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, fundamentada na análise crítica de produções acadêmicas, tais como artigos científicos, livros, dissertações, teses e documentos institucionais, selecionados em bases como Google Acadêmico, SciELO, Periódicos CAPES e repositórios universitários. A escolha dessas fontes visou garantir maior rigor científico e relevância teórica à investigação, em consonância com as exigências metodológicas da área.

Como critérios de inclusão, foram considerados textos publicados entre 2010 e 2025, que tratassem diretamente de temas relacionados à violência sexual contra crianças, pedofilia, dinâmicas familiares, patriarcado, normas sociais, silenciamento e estruturas de poder. Foram excluídas fontes de caráter exclusivamente jornalístico, opinativo ou sem respaldo acadêmico, sendo estas utilizadas apenas de forma ilustrativa e não como base analítica central.

O procedimento de análise adotado foi o método dedutivo, partindo de construções teóricas gerais - como patriarcado, gênero, poder, silenciamento e dominação simbólica — para a compreensão das manifestações específicas da violência sexual no contexto intrafamiliar. As obras selecionadas foram submetidas a leitura exploratória, analítica e interpretativa, permitindo a identificação de categorias temáticas, tais como: hierarquia familiar, silenciamento institucional, culpabilização materna, masculinidade hegemônica e proteção ao agressor.

A análise dos dados ocorreu de forma interpretativa, articulando os aportes teóricos com a problematização central do estudo, buscando evidenciar como as estruturas patriarcais e normas culturais contribuem para a naturalização da violência e para a manutenção da impunidade no espaço doméstico.

Dessa forma, a metodologia adotada permitiu não apenas a descrição do fenômeno, mas também sua análise crítica sob uma perspectiva interdisciplinar, envolvendo

contribuições do direito, da sociologia e da psicologia, ampliando a compreensão sobre os mecanismos de reprodução da violência sexual intrafamiliar.

5. MECANISMOS DE APOIO E PROTEÇÃO AO INFRATOR

No campo jurídico, a pedofilia é considerada uma grave violação dos direitos humanos e está relacionada, no âmbito penal, à prática do abuso sexual contra crianças e adolescentes. A legislação brasileira tipifica tais condutas como crime, sendo vedadas pelo Código Penal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estabelece medidas rigorosas para coibir a produção, disseminação, posse e comercialização de materiais pornográficos envolvendo crianças e adolescentes, inclusive no ambiente virtual (Oliveira, 2023).

Apesar do aparato legal existente, a violência sexual intrafamiliar permanece amplamente invisibilizada. A subnotificação é um fator central nesse processo, visto que apenas cerca de 10% dos casos de violência sexual contra crianças são denunciados no Brasil, apontando para uma grave lacuna entre a ocorrência real e os registros oficiais (Senado Federal, 2024). Esse cenário revela que a proteção ao agressor não se dá apenas por falhas individuais, mas por um sistema social que naturaliza o silêncio e dificulta a denúncia.

Conforme destaca Dengler (apud Correio do Povo, 2022), a proximidade do agressor com a vítima favorece a construção de pactos de silêncio no interior das famílias, pautados na tentativa de preservação da imagem familiar e na não ruptura dos vínculos. Tal dinâmica evidencia que a proteção ao infrator não ocorre de forma isolada, mas inserida em redes simbólicas sustentadas por medo, dependência emocional e econômica, vergonha e constrangimento social.

É imprescindível distinguir pedofilia de abuso sexual infantil: enquanto a pedofilia refere-se à atração sexual por crianças, o abuso configura-se como a prática concreta de atos sexuais, representando crime e gerando graves danos físicos, emocionais e psicológicos (Longo, 2019).

Dados da Fundação Abrinq demonstram que a violência sexual atinge majoritariamente crianças e adolescentes, sendo que, em 2022, 73,8% das notificações envolveram vítimas com menos de 19 anos. Em sua maioria, os abusos ocorrem no ambiente doméstico e são praticados por indivíduos próximos, com predominância do sexo masculino entre os agressores (CNN Brasil, 2024).

No contexto familiar, o agressor frequentemente se beneficia de estruturas de poder que operam por meio da hierarquia, da autoridade simbólica e do medo. A omissão de familiares, a negação dos fatos e a relativização da violência não devem ser analisadas de forma reducionista ou moralizante, mas compreendidas como parte de um sistema patriarcal que produz silenciamento e desloca a responsabilidade do agressor para outros sujeitos, especialmente mulheres, perpetuando injustiças históricas.

A literatura aponta que a convivência familiar deve ser compreendida dentro de um cenário de vulnerabilidade estrutural, no qual sujeitos também se encontram submetidos a relações de coerção, dominação e violência simbólica. Assim, mais do que individualizar

a culpa, é necessário reconhecer que tais pactos de silêncio são produzidos por condições sociais que dificultam a denúncia e fortalecem a permanência do agressor no espaço doméstico.

Casos de ampla repercussão midiática evidenciam como a violência intrafamiliar é sustentada por uma articulação entre manipulação emocional, dependência econômica e estruturas de autoridade. Nesses contextos, estratégias como chantagem afetiva, ameaças veladas e imposição do medo são utilizadas para garantir o silêncio e preservar a falsa imagem de “família harmônica”, em detrimento da segurança da vítima.

Em Piranhas (AL), em 2024, uma adolescente foi vítima de abuso sexual por seu padrasto, situação que se prolongou sob silêncio e medo, até que a vítima conseguisse romper essa cadeia. A imprensa destacou a omissão familiar, mas uma análise crítica exige compreender que tal silêncio está inserido em um contexto de hierarquia doméstica, dependência material e violência estrutural que condiciona comportamentos e decisões (G1, 2024).²

Portanto, os mecanismos de apoio e proteção ao infrator não se limitam à simples omissão, mas englobam uma rede complexa composta por dependência econômica, medo da desestruturação familiar, coerção psicológica, vergonha social e manutenção da imagem pública da família. Esses elementos atuam conjuntamente para garantir a permanência do agressor e a invisibilização da vítima.

A análise desses casos, articulada com a literatura especializada, permite concluir que a proteção ao abusador não é um desvio isolado, mas reflexo de uma estrutura social que privilegia a manutenção da autoridade masculina em detrimento da dignidade infantil, reforçando a urgência de políticas públicas, redes de acolhimento e transformação das normas culturais que legitimam esse ciclo de violência.

6. CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou de que modo as dinâmicas de poder, as normas sociais e as estruturas patriarcais operam no interior da instituição familiar brasileira como mecanismos de proteção ao autor de violência sexual contra crianças e adolescentes. A partir da revisão bibliográfica, dos dados oficiais e da análise crítica de casos midiáticos, foi possível constatar que o ambiente doméstico, frequentemente idealizado como espaço de cuidado e proteção, revela-se, em muitos contextos, como *locus* de silenciamento, convivência e reprodução da violência.

Verificou-se que a permanência do agressor no seio familiar não se sustenta apenas por omissões individuais, mas por uma lógica estrutural historicamente construída, baseada em relações assimétricas de poder, adultocentrismo e hierarquias patriarcais que naturalizam o controle masculino e enfraquecem a voz da vítima. Nesse cenário, o silen-

2 G1. Padrasto é preso por estuprar enteada (AL). G1 Alagoas, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2024/07/30/padrasto-e-preso-por-estuprar-enteada-com-a-conivencia-da-mae-da-vitima-em-piranhas-al.ghml>. Acesso em: 4 maio 2025.

cio imposto às crianças não se restringe ao medo direto do agressor, mas é reforçado por mecanismos simbólicos que envolvem vergonha, dependência econômica, manutenção da imagem familiar e culpabilização indireta das figuras femininas, frequentemente situadas em condição de vulnerabilidade social e emocional.

O estudo também evidenciou a relevância da distinção entre pedofilia e abuso sexual infantil, reforçando que a primeira consiste em um transtorno classificado na esfera clínica, enquanto o segundo configura crime quando há prática concreta de atos ou exploração sexual. Tal diferenciação mostrou-se essencial para evitar generalizações e estigmatizações indevidas, ao mesmo tempo em que reafirma a responsabilidade penal daqueles que efetivamente cometem violações.

Quanto aos objetivos propostos, constatou-se que foram alcançados, sobretudo ao identificar as formas pelas quais a família contribui, direta ou indiretamente, para a proteção do agressor, bem como ao evidenciar a influência das estruturas socioculturais na normalização do silêncio e na manutenção da violência. A análise permitiu compreender que tais mecanismos não são fruto exclusivo de ações isoladas, mas derivam de um sistema que prioriza a preservação da unidade familiar em detrimento da segurança e dignidade das vítimas.

Também se constatou que, embora existam dispositivos legais voltados à proteção da infância, sua efetividade ainda é limitada diante da subnotificação, da fragilidade das redes de apoio e da insuficiente atuação intersetorial do Estado. Torna-se, portanto, imprescindível o fortalecimento de políticas públicas que ultrapassem o plano normativo e se materializem em ações concretas de prevenção, acolhimento, escuta qualificada e responsabilização dos infratores.

Conclui-se, assim, que a violência sexual infantil no contexto familiar não pode ser compreendida apenas sob uma ótica jurídico-penal, exigindo uma abordagem interdisciplinar que considere os condicionamentos históricos, culturais e sociais que legitimam o silenciamento e perpetuam relações de dominação. A superação desse cenário demanda a desconstrução de padrões familiares autoritários, a ampliação da educação em direitos da criança e do adolescente e o fortalecimento de uma cultura de proteção efetiva, baseada na escuta, no respeito e na centralidade da vítima.

Por fim, sugere-se que futuras pesquisas aprofundem as dimensões ainda não plenamente exploradas neste estudo, especialmente no que tange às consequências psicossociais do abuso na trajetória das vítimas e às formas institucionais de tutela que, direta ou indiretamente, contribuem para a permanência da violência no espaço doméstico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ALVES, Amanda Rodrigues; GOMES, Magno Federeci. O pedófilo e o criminoso: Repensando a punição sob a ótica da sustentabilidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. V. 9, n. 1; 2021.

ANDI – Comunicação e Direitos. **Apenas 10% dos casos de violência sexual infantil são denunciados no Brasil**. Disponível em: https://andi.org.br/infancia_midia/apenas-10-dos-casos-de-violencia-sexual-infantil-sao-denunciados-no-brasil/. Acesso em: 4 maio 2025.

ARAUJO, Maria de Fátima. **Violência e abuso sexual na família. Psicologia em estudo**, p. 3-11, 2002.

CARNEIRO, Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2011. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

COHEN, Cláudio; GOBBETTI, Gisele Joana. O incesto: o abuso sexual intrafamiliar. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 51-66, 2003. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265263117>. Acesso em: 30 out. 2025.

CORREIO DO POVO. **Apenas 10% dos casos de violência sexual infantil são denunciados no Brasil, diz ministério**. Correio do Povo, 18 maio 2022. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/apenas-10-dos-casos-de-viol%C3%A2ncia-sexual-infantil-s%C3%A3o-denunciados-no-brasil-diz-minist%C3%A9rio-1.823962>. Acesso em: 5 maio 2025.

COSTA, Liana Fortunato et al. Família e abuso sexual: silêncio e sofrimento entre a denúncia e a intervenção terapêutica. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, v. 59, n. 2, p. 245-255, 2007.

DE PAULA, Verônica Magalhães. Pedofilia: Crime ou Doença? A falsa sensação de Impunidade. **Revista Jurídica On-line**, v. 1, n. 4, 2014.

DEL PRIORE, Mary. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 11. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 26 maio 2025.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

HAYECK, Cynara Marques. **A violência contra crianças e adolescentes ao longo dos séculos e os atuais trâmites institucionais de atendimento aos sujeitos vitimizados**. Anais do XXV Simpósio Nacional de História – ANPUH, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://www.anpuh.org.br/resources/anais/anpuhnacional/SNH2017/>. Acesso em: 26 nov. 2025.

HONORATO, Isabelle Martins. A evolução histórica dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil e a origem do abuso sexual. **Revista FT**, v. 27, ed. 128, nov. 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10205149. Disponível em: <https://revistaft.com.br/a-evolucao-historica-dos-direitos-das-criancas-e-adolescentes-no-brasil-e-a-origem-do-abuso-sexual/>. Acesso em: 26 nov. 2025.

LONGO, Márcia. **Abuso Sexual na infância: como lidar com isso?** 2º ed. Editora: Clube dos Autores, 2019.

LOWENKRON, Laura. **O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos**. SciELO-EDUERJ, 2015.

MASON, M. J. Vergonha: reservatório para os segredos na família. In: IMBER-BLACK, E. et al. Os Segredos na família e na terapia familiar. Porto Alegre: **Artes Médicas**, 1997. P. 40-54.

MOURA, Andreina. **Alguns aspectos sobre o abuso sexual contra as crianças**. 2021. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-75.html>. Acesso em: 16 abr. 2024.

NASCIMENTO, Célia Regina Rangel et al. Os papéis da mulher e do homem nas famílias pela óptica masculina: um estudo de duas gerações. **Pesqui. Prát. Psicossociais**, São João del-Rei, v. 16, n. 1, 2013.

4, p. 1-18, dez. 2021. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-89082021000400003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 06 nov. 2024.

OLIVEIRA, Heverton Ferreira de. Pedofilia: um mal devastador na inocência e na pureza da criança e a ação do Estado. **Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação**, 9(9), 702–717; 2023.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEDRO, Joana Maria. Relações de gênero como categoria transversal na historiografia contemporânea. **Topoi** (Rio de Janeiro), v. 12, p. 270-283, 2011.

RIBEIRO, Juliana. **Os desafios do combate às violações**. O Imparcial, 30 maio 2017. Disponível em: <https://oimparcial.com.br/noticias/2017/05/os-desafios-do-combate-as-violacoes/>. Acesso em: 25 Nov. 2025.

RIZZINI, Irene. A criança e a lei no Brasil: revisitando o problema da infância desvalida. **Revista USP**, n. 37, p. 109-118, 1998.

SANTOS, Isabela Cardoso dos. Crimes cibernéticos – **Ciberpedofilia: o aumento da atividade do pedófilo virtual em tempos de pandemia**. Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiânia, 2022.

SENADO FEDERAL. **Apenas 10% dos casos de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes são denunciados**. TV Senado, 18 maio 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/cidadania-1/2024/05/apenas-10-dos-casos-de-abuso-e-exploracao-sexual-de-criancas-e-adolescentes-sao-denunciados>. Acesso em: 5 maio 2025.

SOUSA, Carlla Suellem Facundini; BEZERRA, Marco Antonio Alves; LUSTOSA, Kárita Barros. A IMPUNIDADE DOS CRIMES DE PEDOFILIA NO AMBIENTE FAMILIAR. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 10, n. 5, p. 1080–1092, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i5.13742. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/13742>. Acesso em: 13 set. 2024.

TRINDADE Jorge. **Manual de Psicologia jurídica para operadores do direito 4ª Ed**. Porto Alegre, RS: Livraria do advogado, 2010. Acesso em 09/09/2023.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Pedofilia. **Aspectos psicológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Acesso em 24/08/2023.

UNICEF. **Panorama da violência letal e sexual contra crianças e adolescentes no Brasil (2021-2023)**. Brasília: UNICEF, 2023. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/panorama-da-violencia-letal-e-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-no-brasil-2021-2023>. Acesso em: 26 maio 2025.

O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO: A POLISSEMIA DA TEORIA DA *ACTIO NATA*

THE COMMENCEMENT OF THE LIMITATION PERIOD: THE MULTIPLE INTERPRETATIONS OF THE *ACTIO NATA* THEORY

Bruna Muinhos Barnes¹

Maria Eduarda Lemos Faleiro²

Vinicius Tocchio dos Anjos³

RESUMO: O presente artigo examina a aplicação da teoria da *actio nata* no direito brasileiro, com ênfase na definição do termo inicial da prescrição em casos que envolvem danos de conhecimento diferido ou natureza extrapatrimonial. Parte-se da concepção da prescrição como instrumento voltado à segurança jurídica e à estabilidade das relações sociais, nos termos do artigo 189 do Código Civil, analisando-se a adequação da teoria segundo a qual a pretensão nasce com a ciência inequívoca da lesão pelo titular do direito. A pesquisa se baseia em análise doutrinária e jurisprudencial, concentrando-se na aplicação da *actio nata* em três contextos: direito ambiental, direito concorrencial e ações de repetição de indébito em contratos de mútuo. Em tais campos, observa-se uma aplicação flexível da teoria, justificada pela dificuldade de identificação do momento preciso da lesão ou da extensão do dano. No direito ambiental, discute-se em que momento o lesado está apto a conhecer a extensão do dano ambiental: quando a conduta é cessada ou em momento anterior. No direito concorrencial, o caráter oculto das condutas impõe como termo inicial a ciência do ilícito pelo lesado ou a decisão final da autoridade antitruste. Nas repetições de indébito, a controvérsia reside entre o primeiro desconto indevido e a quitação do contrato como início do prazo. A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela a possibilidade de flexibilização da teoria da *actio nata*, priorizando, em alguns casos, o conhecimento efetivo do dano e de sua autoria. Conclui-se que tal flexibilização favorece o acesso à justiça, mas exige equilíbrio com a previsibilidade normativa e a segurança jurídica.

Palavras-chave: *actio nata*; prescrição. dano ambiental. ilícito concorrencial. mútuo.

ABSTRACT: This article examines the application of the *actio nata* theory in Brazilian law, with an emphasis on defining the initial term of the limitation period in cases involving latent damage or non-pecuniary harm. It begins with the understanding of prescription as an instrument aimed at ensuring legal certainty and the stability of social relations, in accordance with Article 189 of the Civil Code, and analyzes the suitability of the theory that the cause of action arises upon the claimant's unequivocal awareness of the injury. The research is based on legal theory and case law analysis, focusing on the application of *actio nata* in three contexts: environmental law, competition law, and restitution claims in loan agreements. In these areas, the theory is applied flexibly, justified by the difficulty in identifying the exact moment of the harm or the extent of the damage. In environmental law, the debate centers on whether the limitation period begins with the cessation of the damage or with the awareness of its effects. In competition law, the covert nature of the conduct leads to the limitation period beginning upon the victim's awareness

1 Advogada, graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Residente e domiciliado em Brasília/DF. E-mail para contato: brunabarnesmuinhos@gmail.com.

2 Advogada, graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Residente e domiciliada em Brasília/DF. E-mail para contato: meduardalemosf@gmail.com.

3 Advogado, graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Residente e domiciliado em Brasília/DF. E-mail para contato: viniciusanjost@gmail.com.

of the unlawful act or the final decision by the antitrust authority. In restitution claims, the controversy lies between the date of the first undue charge and the full repayment of the loan as the triggering event for the limitation period. The analysis of the Superior Court of Justice's (Superior Tribunal de Justiça) reveals a tendency towards the possibility of flexibility on the the action nata, prioritizing, in some cases, the actual knowledge of the harm and its authorship. The article concludes that such flexibility promotes access to justice but must be balanced with normative predictability and legal certainty.

Keywords: actio nata. statute of limitations. environmental damage. antitrust violation. loan agreement.

1. INTRODUÇÃO

A prescrição, como instituto jurídico destinado à promoção da segurança e estabilidade nas relações sociais, tem papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Prevista no artigo 189 do Código Civil de 2002, a prescrição consagra a ideia de que o exercício da pretensão deve ocorrer dentro de um prazo razoável, findo o qual o direito de ação se extingue. No entanto, a definição do termo inicial da prescrição não tem definição exata - o que gera controvérsias em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Para definir esse marco temporal, foi criada a teoria da *actio nata*, segundo a qual o prazo prescricional somente se inicia quando o titular do direito toma ciência da lesão sofrida. Embora acolhida pela jurisprudência, essa teoria tem sido objeto de interpretações diversas, a depender da natureza do direito violado, do tipo de dano envolvido e da relação jurídica subjacente.

Este artigo busca analisar a polissemia da teoria da *actio nata* e a forma como sua aplicação tem sido utilizada em hipóteses distintas, especialmente diante de danos extrapatrimoniais ou de conhecimento diferido. Para tanto, examina-se a aplicação dessa teoria em três contextos emblemáticos: o direito ambiental, o direito concorrencial e as ações de repetição de indébito em contratos de mútuo, destacando as tensões interpretativas da doutrina e os critérios jurisprudenciais que buscam equilibrar a segurança jurídica com a efetividade do acesso à justiça.

2. SEGURANÇA JURÍDICA, PRESCRIÇÃO E TEORIA DA *ACTIO NATA*

É incontestável a centralidade da segurança jurídica como preceito fundamental. Não à toa, a segurança jurídica aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao lado da liberdade, da propriedade e da resistência à opressão, conforme apontam FARIA e SALDANHA⁴. Nesse sentido, Odete MEDAUAR⁵ defende que tem aumentado, em quase todos os Estados, o interesse pela segurança jurídica.

Ao fim e a cabo, a segurança jurídica consiste em um instrumento para promoção da previsibilidade das relações jurídicas. Afinal, a estabilidade e previsibilidade são pressu-

4 FARIA, Luiz Alberto Gurgel de; SALDANHA, Igor Vasconcelos. A relevância do papel da segurança jurídica na tributação da Era Digital. **Pensar - Revista Ciências Jurídicas**, n. 3, ed. 28, p. 1-10, 2023. DOI <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2023.13856>. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13856>. Acesso em: 5 maio 2025. p. 2.

5 MEDAUAR, O. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2593>. Acesso em 10 abr. 2025. p. 228.

postos para o desenvolvimento econômico. Nesse contexto, embora a Constituição Federal de 1988 não mencione de forma expressa a segurança jurídica, o texto constitucional a apresenta como princípio implícito, quando alude à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada no rol dos direitos e garantias fundamentais⁶.

Isso, porque, o tempo é um importante fator para a estabilidade das relações jurídicas. Não se admite a incerteza e insegurança perpétua para as relações as quais o direito confere juridicidade. Posto isso, o instituto da prescrição visa garantir estabilidade e segurança para as relações, com efeito, conforme Carlos Alberto GONÇALVES⁷, e esse instituto do direito civil é necessário para promoção da tranquilidade na ordem jurídica e para a consolidação de todos os direitos.

O instituto da prescrição consiste na perda da pretensão pelo decurso do tempo: conforme o artigo 189 do Código Civil de 2002, “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição (...)”. Ou seja, existe uma janela de oportunidade para pleitear o direito e, passado esse prazo, “morre” a pretensão da parte exigir seu direito. Entretanto, necessário salientar que o prazo prescricional, não extingue o direito. Em verdade, o efeito da prescrição é a extinção da pretensão, e não se confunde com a extinção do direito, a qual se dá pela decadência.

A esse respeito, confira-se a lição de Pontes de MIRANDA:

“Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.”⁸

O legislador civilista elegeu a teoria da *actio nata objetiva* para determinação do termo inicial do prazo prescricional. À luz desse princípio, a pretensão nasce a partir da efetiva lesão, de modo que, de acordo com TEPEDINO⁹, as ações não nascidas não prescrevem. Nesse sentido, a regra geral no Direito brasileiro é que o termo inicial da prescrição dá-se no momento da lesão. No entanto, segundo TEPEDINO, essa teoria apresenta duas exceções: “(i) quando houver disposição legal expressa que afaste a *actio nata*; e (ii) quando o dano só se manifesta ou só se torna objetivamente apto a ser conhecido pela vítima em data posterior à violação ao direito”¹⁰. Essas duas exceções têm como resultado uma espécie de flexibilização da teoria da *actio nata* - afinal, existe uma grande margem para determinação do momento em que se considera que houve a ciência sobre um dano.

6 “Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2025.)

7 GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v.1. 21. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.205. ISBN 9786553628465. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553628465/>. Acesso em: 10 mai. 2025. p. 205.

8 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. **Tratado de Direito Privado, Parte Geral** vol. 6, Bookseller, 1ª ed., 2000, p. 135

9 TEPEDINO, Gustavo. O termo inicial da prescrição. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 33, n. 4, p. 13-16, 2024. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/1143>. Acesso em: 14 maio 2025. p. 13. (grifo próprio)

10 *Ibidem*.

Sobre esse ponto, SIMÃO¹¹ aponta que o prazo prescricional só se inicia a partir do efetivo conhecimento da lesão, ou seja, quando o titular do direito toma ciência da possibilidade da restituição do que lhe é próprio. Segundo o autor, a afirmação geral de que haveria negligência da vítima a partir do momento da perpetração do delito não reflete a realidade, mais notadamente porque na atualidade, são cometidas várias violações que só são conhecidas com o decurso do tempo.

Nesse mesmo sentido se manifesta Antônio Luís da Câmara LEAL, o qual afirma que “[n]ão nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação.”¹². Isso, porque seria racionalmente impossível buscar a responsabilização da reparação de um dano sem ter ciência sobre o antijurídico.

Posto isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de admitir a flexibilização da teoria da *actio nata* em situações excepcionais, cujo conhecimento da violação do direito não se dá no momento da lesão. Nesse sentido, o entendimento consolidado do STJ, acerca do termo inicial é que:

“Como regra, esse momento, à luz do art. 189 do CC/02, corresponde à data da violação do direito. No entanto, a jurisprudência desta Corte excepciona essa regra em algumas hipóteses de ilícitos extracontratuais, a fim de determinar que o prazo de prescrição somente passe a correr a partir do momento em que o ofendido tenha obtido ciência do dano, da sua extensão e da autoria da lesão.”¹³

Em vista disso, o presente trabalho tem por objetivo examinar a aplicação da teoria da *actio nata* em diferentes hipóteses, à luz do princípio da segurança jurídica e da função estabilizadora da prescrição. Parte-se da premissa de que a definição do termo inicial do prazo prescricional não pode prescindir da análise do momento em que o titular do direito efetivamente tem condições de conhecer a lesão sofrida. Assim, busca-se investigar como a jurisprudência e a doutrina vêm tratando a flexibilização dessa teoria em cenários distintos, com especial atenção às peculiaridades dos danos de natureza extracontratual ou de difícil detecção imediata. Para tanto, serão analisadas três hipóteses representativas no âmbito do direito ambiental, do direito concorrencial e das repetições de indébito em contratos de mútuo.

3. A POLISSEMIA DA TEORIA DA *ACTIO NATATA*

Conforme demonstrado anteriormente, a teoria da *actio nata* foi concebida para consolidar que o termo inicial da prescrição começa, em regra, da data da violação do direito. Assim, a pretensão correspondente ao dano gerado nasce imediatamente no momento em que a violação do direito ocorreu. Contudo, com as exceções relacionadas aos ilícitos extracontratuais, conforme mencionado acima, a aplicação da teoria tem sido fle-

11 SIMÃO, José Fernando, **Prescrição e decadência**: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 213.

12 LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 20-24.

13 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.785.771/RS. Recorrente: OI S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Recorrido: AUGUSTIN ANIBAL TONELOTTO. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113996637&num_registro=201802524130&data=20200826&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 26 mai. 2025.

xibilizada conforme a esfera do direito a qual o dano se refere. Logo, em casos de dano extracontratual, é mais provável que o dano só se manifeste ou só se torne objetivamente apto a ser conhecido pela vítima em data posterior à violação ao direito, e nesse caso se afasta a previsão original da *actio nata* e a pretensão nasce da ciência inequívoca do dano e sua extensão.

Neste artigo discutem-se as nuances da aplicação da *actio nata* em três diferentes âmbitos: (i) direito ambiental, do (ii) direito concorrencial e (iii) nas repetições indébitas nos contratos de mútuo. Elegem-se essas três esferas do direito para analisar situações em que, respectivamente: (i) o dano é quase sempre extracontratual, (ii) o dano pode ou não ser extracontratual e (iii) o dano é, na verdade, contratual, mas o lesado é vítima de uma fraude.

3.1. DANO AMBIENTAL

A respeito do dano ambiental, o primeiro a se entender é a diferença entre a indenização para danos ambientais de natureza individual e a indenização e obrigação de reparação do dano ambiental causada por ilícitos ambientais. O presente estudo não se dispõe a versar sobre a obrigação de reparar dano ambiental convertida em indenização, esta que é considerada imprescritível, conforme entendimento do STF no tema da repercussão geral nº 999¹⁴. Trataremos, então, do prazo prescricional relacionado às pretensões de reparação individuais e patrimoniais, decorrentes de danos ambientais.

A jurisprudência do STJ é consolidada no sentido de que “O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização decorrente de dano ambiental se inicia quando o titular do direito subjetivo violado tem conhecimento do fato e da extensão de suas consequências, conforme a Teoria da *Actio Nata*”, tal como publicado na 215ª edição do Jurisprudência em Teses.

Nesse sentido, apesar de, em regra, o princípio da *actio nata* indicar que a pretensão de reparação nasce junto com o dano, e consequentemente o prazo prescricional também se inicia, a exceção relacionada a prazos extracontratuais é tão comum e quase inerente ao direito ambiental que o STJ se encontrou repetidas vezes decidindo pelo início do prazo prescricional assim que o titular do direito tenha “conhecimento do fato e da extensão de suas consequências”.

Assim, se tratando de pretensão reparatória decorrente do dano individual, isto é, o dano reflexo ou ricochete, derivado do dano ambiental coletivo, o prazo prescricional se inicia no momento em que a integralidade da extensão do dano é sabida pelo lesado, de forma que é nesta oportunidade que no caso ocorre a violação do seu direito subjetivo, e, então, nasce o direito à pretensão de fato.

Contudo, apesar de ser uma tese muito bem consolidada e amplamente aplicada no Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de se conhecer a extensão do dano para que o prazo prescricional comece a fluir acaba por gerar aplicações diversas da referida tese

14 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 654833. Recorrente: Recorrido: Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20 de abril de 2020. DJe de 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4130104> Acesso em 27 de maio de 2025.

do STJ. No que concerne aos danos ambientais, é possível afirmar que o conhecimento da extensão do dano não é imediato e por muitas vezes determinar a extensão do dano não é uma avaliação exata, havendo uma divergência considerável na doutrina quanto ao momento em que se tem ciência inequívoca do dano.

A controvérsia, então, se estende para além da extensão do dano e abrange também o uso do termo “ciência inequívoca”, na medida em que determinar indubitavelmente quando um indivíduo lesado teve ciência da integridade da extensão do dano não é tarefa fácil, no sentido de que tal averiguação é extremamente subjetiva e pode depender de uma série de fatores.

Sobre o momento em que tal ciência poderia ocorrer, MILARÉ se posicionou no sentido de que a integralidade do dano ambiental individual só poderá ser averiguada no momento em que o dano ambiental coletivo é definitivamente resolvido, isto é, com a “*remediação definitiva dos passivos ambientais*”¹⁵. Assim, se considerado que o dano ambiental tem caráter permanente enquanto não cessado, a interpretação de MILARÉ implica que a extensão do dano também é permanente, continua a se expandir enquanto a ocorrência que o gerou não tenha sido resolvida e os passivos devidamente remediados. Nessa interpretação, o indivíduo só teria inequivocamente a certeza da extensão e da gravidade do dano ambiental a partir do momento em que este dano é sanado, no momento em que nenhum outro dano secundário possa ocorrer em razão do primeiro.

Contudo, em direção oposta ao entendimento do Professor MILARÉ, o STJ se posiciona no sentido de que a extensão do dano pode ser auferida em momento muito anterior à cessação do dano ambiental, na hipótese de dano ambiental permanente. Dessa forma, ainda que tenha havido dano ambiental de caráter continuado e permanente, o STJ considera que isso não pode ensejar que haja a imprescritibilidade da pretensão individual, ou que a faça perdurar por diversos anos¹⁶. Nesse sentido decidiu:

De qualquer maneira, sobre haver ou não dano continuado e permanente, incensurável a posição do acórdão ao afirmar que *o termo inicial da prescrição “não se renova a cada alegado prejuízo”*. Se a transgressão do direito subjetivo é atribuído a ato legislativo, o dano e, a partir dele, a pretensão reparatória, nos termos do art. 189 do Código Civil, nascem imediatamente após a promulgação do diploma de caráter geral editado pela autoridade competente.¹⁷

(...) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o prazo prescricional trienal para propositura de ação indenizatória de cunho individual e patrimonial, por danos causados em razão da construção de usina hidrelétrica

15 MILARÉ, Édis, DE MORAIS, Roberta J., e BEZERRA, Mayara A. **Dano ambiental individual e o prazo prescricional da respectiva ação**. Migalhas. Publicado em 14 de agosto de 2019. Acesso em 25 de maio de 2025. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/308712/dano-ambiental-individual-e-o-prazo-prescricional-da-respectiva-acao-reparatoria>>

16 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno no AREsp n. 1.644.145/MA, Recorrente: Felix Bento Silva dos Reis; Recorrido: Consórcio Estreito Energia - Ceste. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 26/6/2020. Disponível em: <http://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 26/05/2025.

17 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp n. 1.551.978/SC, Recorrente: Jose Sadlowski; Recorrido: União Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1/3/2021, DJe de 15/3/2021. Disponível em: <http://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 26/05/2025.

ca, inicia-se a partir da data em que o titular do direito toma conhecimento inequívoco do fato e da extensão de suas consequências.

Nesse passo, ainda que tenha havido dano ambiental de caráter continuado e permanente com o represamento da água, este fato não pode ser considerado como pretexto para tornar imprescritível ou fazer perdurar, por anos a fio, a pretensão de indenização, repita-se, notadamente de índole individual e patrimonial.¹⁸

Dessa forma, percebe-se que a teoria da *actio nata* aplicada aos casos de indenização por dano ricochete, apesar de objetiva, ainda abre espaço para diferentes tipos de aplicação e definição acerca do momento em que ocorre a ciência inequívoca a respeito da integralidade do dano. Assim, se há possibilidades de divergências na doutrina dentro de uma mesma aplicação da *actio nata* objetiva (aos danos individuais e patrimoniais ambientais), perceberemos, a frente, como ela também será diversamente aplicada a outros casos, sejam eles exceção ou regra à teoria original.

3.2. DANO CONCORRENCIAL

O termo inicial da prescrição para ações de reparação por danos concorrenciais (ARDCs) é de grande relevância, tendo em vista as características próprias do ilícito concorrencial. Isso, porque as infrações à ordem econômica, sobretudo a conduta de cartel, se caracterizam pela ocultação do ilícito, impossibilitando que eventuais lesados tenham a ciência do dano no momento da ação. Nesse contexto, é de suma importância a definição do prazo para o exercício da pretensão reparatória por parte daqueles que tiveram seus direitos violados e apenas tiveram a ciência do fato em momento *a posteriori*. Desse modo, na visão de Adriano GOMES, adotar a teoria da *actio nata* objetiva para ações de reparação de danos concorrenciais, sem considerar o momento da ciência do titular a respeito da violação do direito e sua inação diante dela, representaria uma tutela da ilicitude¹⁹.

O art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) garante aos titulares de direito violados por ilícito concorrencial o direito de ingresso em juízo para reparação dos danos sofridos, independentemente de inquérito ou processo administrativo por parte da autoridade antitruste²⁰. Nesse sentido a reparação por danos concorrenciais pode se dar de duas formas: (i) ajuizamento de ações após a instauração de procedimento administrativo e decisão final pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, as chamadas ações do tipo *follow-on*; e (ii) ajuizamento de ações independentes, em que não

18 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*

19 GOMES, Adriano Camargo. **Ação de Reparação por Danos Concorrenciais**. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 434.

20 Lei 12.529/2011. Art. 47: Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. (BRASIL. **Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 24 maio 2025.)

há uma decisão final por parte da autoridade antitruste e as partes lesadas levam a demanda diretamente ao Poder Judiciário, mesmo sem eventual reconhecimento do ilícito pelo Cade, se incumbindo do ônus de apresentar todas as provas do ato alegado e da existência do cartel por meio de provas coletadas por seus próprios esforços²¹ - as ações do tipo *stand alone*.

Apesar da previsão legal sobre a possibilidade de ajuizamento de ARDCs, a redação original da Lei 12.529/2011 não estabeleceu um prazo específico para que tal ação fosse ajuizada ou ainda qual seria o termo inicial para a prescrição de referidas ações, o que levou a controvérsias jurídicas sobre o tema durante anos a fio. Essa controvérsia foi, em certa medida, resolvida com o advento da Lei nº 14.470/2022, que alterou a Lei nº 12.529, estabeleceu que:

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos originar-se do direito previsto no art. 47 desta Lei, não correrá a prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade.

§ 1º *Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.* (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)

§ 2º *Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.*

Desse modo, o dispositivo passou a prever que o prazo prescricional para o ajuizamento de ARDCs seria de 5 (cinco) anos contados a partir da ciência inequívoca do ilícito, a qual se daria a partir da decisão do *julgamento final* pelo Cade.

No entanto, a lei não dispõe sobre o termo inicial nas situações em que não há processo administrativo, ou até mesmo o que deve ser entendido por “julgamento final pelo Cade”, de modo que a jurisprudência vem tentando preencher essas lacunas legislativas.

Nos casos de reparação de danos concorrenciais, o STJ tem adotado o entendimento de que as infrações anticoncorrenciais se caracterizam como responsabilidade extracontratual, tendo em vista que “a pretensão de reparação decorre da prática de conduta anticompetitiva prevista em lei (ilícita), situação que escapa às obrigações contratuais diretas”²² e nesses casos, considerar o momento da lesão ao direito como termo inicial da prescrição “tende a

21 MAGGI, Bruno. **O que o PL 11.275/18 muda na contagem da prescrição para ações indenizatórias por danos concorrenciais? Migalhas de Responsabilidade Civil.** Portal Migalhas. Publicado em 14 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351574/o-que-muda-na-contagem-da-prescricao-para-a-coes-indenizatorias>. Acesso em: 26 de maio de 2025.

22 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 2.095.107/SP. Recorrente: Messes Gases LTDA. Recorrido: Companhia Siderúrgica Nacional. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03 out. 2023. DJe de 06 out. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

ser extremamente injusto, [...] uma vez que eventual inércia do prejudicado pode decorrer da absoluta falta de conhecimento do dano”^{23 24}.

Assim, o Tribunal Cidadão tem adotado a teoria da *actio nata* subjetiva, segundo a qual o prazo prescricional começa a contar a partir do momento em que a vítima tem a ciência do dano e da sua autoria. Nesse sentido, a Segunda Seção do Tribunal sedimentou que: “a jurisprudência desta Corte se encontra pacificada no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para propositura de ação indenizatória em razão da prática de ilícito contratual é a data na qual se tomou conhecimento do ato lesivo”²⁵. Com isso, o termo inicial da prescrição em ARDCs não seria o momento da violação do dano, mas aquele em que o lesado tem conhecimento do eventual ilícito.

Ocorre que, a definição do momento exato em que o lesado tem o conhecimento do dano envolve certo grau de análise fática e casuística, sendo justamente nessa delimitação temporal que reside a controvérsia atual.

Para auxiliar a definição do momento da ciência inequívoca, o STJ tem se utilizado da distinção entre as ações *follow-on* e *stand-alone*. Nesse sentido, o Tribunal, ao julgar demanda anterior ao advento da Lei 14.470/2022, estabeleceu que: para as ações *follow-on*, o prazo prescricional tem como *dies a quo* a data do julgamento final do processo administrativo pela autoridade antitruste²⁶. Esse entendimento está em linha com o advento do art. 46-A introduzido pela Lei nº 14.470/2022 e o tribunal cidadão tem o adotado mesmo antes da entrada em vigor do referido diploma. No entanto, ainda subsiste a dúvida do que significaria o julgamento final pelo Cade.

Por outro lado, no que tange às ações *stand-alone*, o STJ tem adotado o entendimento de que o termo inicial da prescrição se dá na ciência inequívoca por parte do lesado. No REsp 1.971.316/SP²⁷, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a Quarta Turma definiu, por unanimidade, que, por se tratar de caso de cartel envolvendo o fornecimento de laranjas, e conseqüentemente, responsabilidade extracontratual, o evento que “*marca o início da contagem do prazo prescricional é a ciência do fato ilícito*”, a qual, no caso em questão, teria se dado no momento de celebração de contratos de fornecimento de laranjas com valores diferentes daqueles praticados pelo mercado. Em julgamentos mais recente, nos REsp

23 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.971.316. Recorrente: Antônio Claudemir Teles. Recorrido: Sucocitricio Cutrale LTDA. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Terceira Turma, julgado em 25 dez. 2022. Dje de 14 dez. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

24 No mesmo sentido, REsp nº 1.998.098/MG. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.998.098/MG. Recorrente: Cobraço Comercial Brasileira de Aço LTDA.. Recorrido: Arcelor Brasil S.A. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12 dez. 2023. Dje de 24 jan. 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

25 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno nos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial nº 985.978/RJ. Agravante: Clube de Investimento dos Empregados da Vale Investvale. Agravado: José das Garças Fernandes e outros. Relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 18 fev. 2020. Dje de 27 fev. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

26 Brasil. *Op Cit*, Recurso Especial 1.971.316.

27 *Ibidem*.

nº 2.133.992²⁸ e 2.166.984²⁹, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, sobre o mesmo cartel das laranjas, a Terceira Turma reafirmou o entendimento exarado pela Quarta Turma no REsp 1.971.316/SP de que o momento da ciência do ato ilícito teria sido no contrato de compra e venda de laranjas. No entanto, o Min. Villas Bôas Cueva, em voto divergente, argumentou que estabelecer a data dos contratos como marco inicial poderia comprometer a segurança jurídica, em razão das sucessivas alterações e repactuações a que tais transações estão sujeitas.

Sobre esse contexto, GOMES³⁰ aduz que a distinção feita pelo STJ entre ações *follow-on* e *stand-alone* apresenta imprecisões em sua definição. A principal delas reside na ausência de uma definição precisa, por parte da Corte, acerca do que se entende por “julgamento final” do Cade para definir qual o tipo da ação para fins de prazo prescricional. Tal imprecisão decorre do fato de que, no âmbito dos processos administrativos conduzidos pela autarquia, atos como Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e acordos de leniência, embora não se configurem como decisões condenatórias clássicas, podem em determinadas hipóteses produzir efeitos equiparáveis. Desse modo, admitir como julgamento final apenas eventuais decisões finais condenatórias poderia representar um prejuízo aos lesados para condutas anticoncorrenciais. Outro problema apresentado por GOMES reside no fato de que, em certos casos, as demandas podem ser híbridas com características de *follow-on* para alguns acusados e *stand-alone* para outros, o que leva a certa insegurança na classificação da ação para fins de determinação do início do prazo prescricional. Por fim, o autor argumenta que seria mais adequado adotar, para fins de ARDC, uma classificação que “*diferencie as demandas iniciadas de forma totalmente independente (stand-alone), daquelas em que a atuação da autoridade concorrencial beneficia de alguma forma os prejudicados (follow-on)*”.

Assim, é evidente que o entendimento do STJ de que a teoria da *actio nata* subjetiva deve ser aplicada às ações de reparação de danos concorrenciais. Considerando a natureza clandestina e complexa dos ilícitos concorrenciais, a fixação do termo inicial da prescrição a partir do simples cometimento do ato ilícito se mostraria desarrazoada, uma vez que os lesados, muitas vezes, não têm acesso imediato aos elementos necessários para identificar a lesão e sua autoria. A jurisprudência do STJ, ao reconhecer a ciência inequívoca do dano como marco inicial da contagem do prazo prescricional, avança no sentido de proteger efetivamente os direitos dos violados. Contudo, ainda persistem incertezas, sobretudo

28 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 2133992. Recorrente: Suco Cítrico Cutrale. Recorrido: Egydio Boscheti Neto e outros. Relatora: Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18 fev. 2025. Dje de 28 fev. 2025. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+2133992&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 28 maio 2025.

29 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 2166984. Recorrente: Valdemar Fabbri. Recorrido: Pamiro Agro Indústria S.A. e outros. Relatora: Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18 fev. 2025. Dje de 28 fev. 2025. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+2166984&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 28 maio 2025.

30 GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de danos concorrenciais e prescrição: análise crítica dos julgados do STJ**: Damages for infringements of competition law and limitation period: critical analysis of STJ decisions. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5216761. Acesso em: 26 maio 2025.

quanto à definição do “julgamento final” do Cade e à categorização precisa entre ações *follow-on* e *stand-alone*, que exigem maior uniformização interpretativa.

3.3. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE CONTRATOS DE MÚTUO

O mútuo, segundo Carlos Roberto GONÇALVES³¹, é um tipo de empréstimo de coisas fungíveis, pelo qual o mutuante transfere o domínio útil ao mutuário, enquanto o mutuário assume a obrigação de restituí-lo em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Esse tipo de avença é comumente celebrada com as instituições financeiras – são os empréstimos.

Em geral, os contratos de mútuo são adimplidos pelo mutuário em parcelas - o típico exemplo de obrigação de trato sucessivo ou de prestação continuada. Isso é, embora a obrigação advinda do contrato de empréstimo seja uma só, existe entre as partes a justa expectativa de constância e perenidade, conforme o entendimento de VASCONCELOS e GULIM³².

Ocorre que, fatal e comumente, há fraudes e equívocos na contratação de empréstimos – defeitos no serviço bancário, que se materializam em erros na contratação. Além disso, há certas espécies de contratos em que o pagamento das parcelas é descontado automaticamente da conta bancária das vítimas dessas fraudes. Por conseguinte, as vítimas sofrem sucessivos prejuízos até ter ciência da ilegalidade. Nesse cenário, os supostos mutuários são obrigados a acionar o Judiciário para pleitear o ressarcimento dos valores indevidamente descontados.

Contudo, assim como há a prescrição da pretensão do ajuizamento das ações de repetição de indébito tributário, é certo que existe um prazo para o ajuizamento de ação de repetição de indébito para reaver os valores cujo desconto decorre de fraude de contrato de mútuo.

Em se tratando de relação consumerista (afinal, envolve particular e instituição bancária), aplica-se a ordem do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual: “*Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento*

31 GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. v.3. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.145. ISBN 9786553628434. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553628434/>. Acesso em: 10 mai. 2025. P. 175.

32 VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. **Revista de direito recuperacional e empresa**, v. 7, 2018. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59326430/ARTIGO_-_2018_-_Obrigacao_de_trato_sucessivo_e_seus_efeitos_na_recuperacao_judicial_-_RDRE-20190520-24716-p1rvtd-libre.pdf?1558355627=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DObrigacao_de_trato_sucessivo_e_seus_efeitos.pdf&Expires=1746911254&Signature=caVUIUmz~TZ2~CEsVjsecnb~3POePBxgnx~tyX7bP3ha0DNL6Fj8A4hJYoz5ThhiIIMSRAsKLNLn49gN2FwnPivORzVmsZC72jmTi6En0R0lg3S2PKcjWf330Y~xOTzjaYdGoh~6CT-lx25mNHLjgorPnXLKv~z5zrIT6cA5UiPx5FE3fF5dfRJo4Otjiqom8Y94qMeRJEeRD5z-lXERh-E7Hb8w4wnpHqvodjgu2jFc7PvY~i2EMwYHtf4STetoitOCpThGxrK8PQU32hlGc94FdGajAnGIzuoCOzC1OoDaiM-qFNcjA5kTrRGFul2DmNuJeSLPDf53nZMygmTow_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 10 abr. 2025. p. 2.

do dano e de sua autoria.”³³ (conforme a teoria da *actio nata*). Nesse sentido, conforme TARTUCE, o prazo prescricional “*deve ter início não a partir da ocorrência do fato danoso, mas sim da ciência do prejuízo*”³⁴.

Nada obstante, resta a dúvida: em que momento se considera que há o conhecimento do dano? Discute-se, pois, a aplicabilidade teoria da *actio nata* às ações de repetição de indébito de contratos de mútuo com defeito no serviço bancário.

Embora não tenha sido afetado nenhum recurso sob a sistemática dos recursos repetitivos para decidir a questão, atualmente prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional de repetição de indébito é a data do último desconto realizado, com fulcro no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor³⁵. Ou seja, para o STJ, a data da ciência do fato, conforme a teoria da *actio nata*, consiste na data da quitação do contrato.

Há intensa discussão a respeito do tema. Os mutuários defendem que a posição que prevalece no STJ seria a correta - afinal, seu efeito é o alargamento do prazo prescricional para as ações de repetição de indébito, o que os beneficia. Por outro lado, as instituições financeiras afirmam que a lógica do último desconto deve ser superada. Isso porque, os lesados têm ciência dos defeitos na prestação do serviço bancário muito antes do último desconto - afinal, com a evolução tecnológica dos bancos, os correntistas têm acesso às movimentações de suas contas a qualquer momento.

Eis mais uma aplicação da teoria da *actio nata*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida neste trabalho evidencia que a teoria da *actio nata*, embora concebida como critério objetivo para fixação do termo inicial da prescrição, revela-se dotada de significativa flexibilidade interpretativa, especialmente quando aplicada a danos que não se manifestam de imediato ou cuja autoria e extensão somente são conhecidas em momento posterior à sua ocorrência.

Nos casos de dano ambiental, a complexidade e a natureza continuada dos efeitos tornam incerta a fixação do momento da ciência inequívoca do prejuízo, gerando debates tanto doutrinários quanto jurisprudenciais. No campo do direito concorrencial, a

33 BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2025 (grifo próprio)

34 TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil** - 6ª Edição 2024. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530995492. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995492/>. Acesso em: 14 mai. 2025. P. 621.

35 AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DO PAGAMENTO. ART. 27 DO CDC. AGRADO NÃO PROVIDO. 1. Tratando-se de ação de repetição de indébito, o termo inicial para o cômputo do prazo prescricional corresponde à data em que ocorreu a lesão, ou seja, a data do pagamento. 2. Agrado interno não provido.

(BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agrado interno no Agrado em Recurso Especial nº 1056534/MS. Agravante: APOLONIA LOPES XAVIER. Agravado:BCV - BANCO DE CRÉDITO E VAREJO S/A. Relator.: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGINT-ARES-P_1056534_0eae.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1746964972&Signature=ib2cfG31z-jn0mCXAmhUk8VRKsYM%3D. Acesso em: 11 mai. 2025.

clandestinidade típica das práticas anticoncorrenciais, como os cartéis, exige uma leitura subjetiva do termo inicial da prescrição, frequentemente vinculado ao julgamento final do CADE nas chamadas ações *follow-on*. Por sua vez, nas ações de repetição de indébito em contratos de mútuo, especialmente nos casos de fraude ou erro bancário, a jurisprudência tem optado por soluções que considerem a proteção do consumidor e a continuidade dos descontos indevidos como elementos relevantes para a contagem do prazo.

Constata-se, assim, que a aplicação da teoria da *actio nata* demanda uma análise casuística e contextualizada, na qual se busca compatibilizar a estabilidade das relações jurídicas com o direito fundamental à reparação de danos. Essa aproximação entre a função estabilizadora da prescrição e a proteção efetiva dos direitos reflete o esforço do Poder Judiciário em conferir justiça material às decisões, ainda que isso implique relativizar a rigidez de certos preceitos clássicos. A polissemia da *actio nata*, longe de fragilizar o instituto da prescrição, demonstra sua capacidade de adaptação às exigências da complexidade jurídica contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2025.

BRASIL. **Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo interno no Agravo em Recurso Especial nº 1056534/MS. Agravante: APOLONIA LOPES XAVIER. Agravado:BCV - BANCO DE CRÉDITO E VAREJO S/A. Relator.: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGINT-ARESP_1056534_0eae.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD-5JEAO67SMCVA&Expires=1746964972&Signature=ib2cfG31zjn0mCXAmhUk8VRKsYM%3D. Acesso em: 11 mai. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp n. 1.551.978/SC, Recorrente: Jose Sadlowski; Recorrido: União. Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1/3/2021, DJe de 15/3/2021. Disponível em: <http://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 26/05/2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno no AREsp n. 1.644.145/MA, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1/3/2021, DJe de 15/3/2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno nos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial nº 985.978/RJ. Agravante: Clube de Investimento dos Empregados da Vale Investvale. Agravado: José das Garças Fernandes e outros. Relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em

18 fev. 2020. Dje de 27 fev. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.785.771/RS. Recorrente: OI S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Recorrido: AUGUSTIN ANIBAL TONELOTTI. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113996637&num_registro=201802524130&data=20200826&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 26 mai. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.971.316. Recorrente: Antônio Claudemir Teles. Recorrido: Sucocitrico Cutrale LTDA. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Terceira Turma, julgado em 25 dez. 2022. Dje de 14 dez. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.998.098/MG. Recorrente: Cobraço Comercial Brasileira de Aço LTDA.. Recorrido: Arcelor Brasil S.A. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12 dez. 2023. Dje de 24 jan. 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 2.095.107/SP. Recorrente: Messes Gases LTDA. Recorrido: Companhia Siderúrgica Nacional. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03 out. 2023. Dje de 06 out. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 654833. Recorrente: Recorrido: Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20 de abril de 2020. Dje de 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4130104> Acesso em 27 de maio de 2025.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de; SALDANHA, Igor Vasconcelos. A relevância do papel da segurança jurídica na tributação da Era Digital. **Pensar - Revista Ciências Jurídicas**, n. 3, ed. 28, p. 1-10, 2023. DOI <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2023.13856>. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13856>. Acesso em: 5 maio 2025.

GOMES, Adriano Camargo. **Ação de Reparação por Danos Concorrenciais**. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

GOMES, Adriano Camargo. **Reparação de danos concorrenciais e prescrição**: análise crítica dos julgados do STJ: Damages for infringements of competition law and limitation period: critical analysis of STJ decisions. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5216761. Acesso em: 26 maio 2025

GONCALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. v.3. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.145. ISBN 9786553628434. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553628434/>. Acesso em: 10 mai. 2025.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MAGGI, Bruno. **O que o PL 11.275/18 muda na contagem da prescrição para ações indenizatórias por danos concorrenciais?** Migalhas de Responsabilidade Civil. Portal Migalhas. Publicado em 14 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351574/o-que-muda-na-contagem-da-prescricao-para-aco-es-indenizatorias>. Acesso em: 26 de maio de 2025

MEDAUAR, O. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2593>. Acesso em 10 abr. 2025.

MILARÉ, Édís, DE MORAIS, Roberta J., e BEZERRA, Mayara A. **Dano ambiental individual e o prazo prescricional da respectiva ação**. Migalhas. Publicado em 14 de agosto de 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/308712/dano-ambiental-individual-e-o-prazo-prescricional-da-respectiva-acao-reparatoria>>. Acesso em 25 de maio de 2025.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral vol. 6, Bookseller, 1ª ed., 2000.

SIMÃO, José Fernando, **Prescrição e decadência**: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil - 6ª Edição** 2024. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530995492. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995492/>. Acesso em: 14 mai. 2025. P. 621.

TEPEDINO, Gustavo. O termo inicial da prescrição. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 33, n. 4, p. 13-16, 2024. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/1143>. Acesso em: 14 maio 2025.

VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. **Revista de direito recuperacional e empresa**, v. 7, 2018. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59326430/ARTIGO_-_2018_-_Obrigacao_de_trato_sucessivo_e_seus_efeitos_na_recuperacao_judicial_-_RDRE20190520-24716-p1rvtd-libre.pdf?1558355627=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DObrigacao_de_trato_sucessivo_e_seus_efeitos_na_recuperacao_judicial_-_RDRE20190520-24716-p1rvtd-libre.pdf&Expires=1746911254&Signature=caVUIUmz~T'Z2~CEsVjsecnb~3POePBxgnx~tyX7bP3ha-0DNL6Fj8A4hJYoz5ThhiIIMSRAsKLNLn49gN2FwnPivORzVmsZC72jmTi6En0R0lg3S2PKcjW-f330Y-xOTzjaYdGoh~6CT-lx25mNHljgorPnXLKv~z5zrlT6cA5UiPx5FE3fF5dfRJo4Otjiqom8Y-94qMeRJEErD5z-lXERh-E7Hb8w4wnpHqvodjgu2jFc7PvY~i2EMwYHtf4STEtajtOCPthGxrK8P-QU32hlGc94FdGajAnGIzuoCOzC1OoDaiMqFNcjA5kTrRGFul2DmNuJeSLPDf53nZMygm-Tow__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 10 abr. 2025.

JUIZ DAS GARANTIAS: A MENOS DE UM ANO DO PRAZO DADO PELO STF, UMA ANÁLISE SE OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA JÁ IMPLANTARAM EFETIVAMENTE O INSTITUTO

GUARANTEES JUDGE: LESS THAN A YEAR FROM THE DEADLINE GIVEN BY THE STF, AN ANALYSIS OF WHETHER THE COURTS OF JUSTICE HAVE ALREADY EFFECTIVELY IMPLEMENTED THE INSTITUTE

Danilo Almeida Silva¹

RESUMO: O presente estudo buscou identificar como, no início de 2025, estava a implantação do juiz das garantias nos 27 Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal. Apesar de desafios administrativos alegados no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), consultas às páginas públicas dos Tribunais de Justiça revelam que 16 implantaram o instituto, enquanto outros 11, até janeiro de 2025, ainda não.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal.

ABSTRACT: This study sought to identify how, at the beginning of 2025, the implementation of the guarantee judge was going in the 27 Courts of Justice of the states and the Federal District. Despite the administrative challenges alleged in the judgment of Direct Actions of Unconstitutionality before the Federal Supreme Court (STF), consultations on the public pages of the Courts of Justice reveal that 16 have implemented the institute, while another 11, by January 2025, have not yet.

Keywords: Judge of Guarantees. Supreme Federal Court. Criminal Proceedings.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca identificar, pouco mais de um ano após a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da criação do juiz das garantias no país, como anda a implantação do instituto no âmbito dos Tribunais de Justiça de cada uma das unidades da federação. Previsto na Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, o juiz das garantias foi objeto de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) na Corte máxima brasileira: 6.299, 6.298, 6.300 e 6.305.

Após contestações de diversas entidades ligadas à magistratura e intenso debate no âmbito do Poder Judiciário em questões que envolviam reformas administrativas internas, necessidade de reorganização estrutural, contratação de novos integrantes, dentre outras, a questão foi pacificada por meio do julgamento das ADIs referenciadas anteriormente. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 562, de 3 de junho

¹ Servidor público federal há 16 anos, atualmente em exercício no Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI). Possui passagens pelo Ministério da Educação (MEC), Advocacia-Geral da União (AGU), Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) e Procuradoria Geral da República (PGR). É especialista em Gestão da Comunicação nas Organizações Públicas e Privadas pelo UniCeub, de Brasília. Atualmente, é estudante do curso de graduação em Direito na Universidade de Brasília (UnB), mas também é formado em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pela Faculdade Anhanguera. Em 2023, foi agraciado com a Ordem do Mérito da Advocacia-Geral da União em decorrência dos serviços prestados à instituição. Ainda no Ensino Médio, foi um dos estudantes com redações publicadas no 3º Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero, em 2007. E-mail para contato: silva.almeida.danilo@gmail.com.

de 2024, disciplinando requisitos que deveriam ser observados para a implantação do juiz das garantias no âmbito do judiciário nacional.

Desde então, uma vez que o STF estabeleceu o prazo de 12 meses, prorrogável uma vez, para a implementação do juiz das garantias pelos tribunais, e que este prazo termina no segundo semestre de 2025, diversos Tribunais de Justiça tiveram de iniciar a implantação do instituto.

Dessa forma, tendo em vista que um dos principais argumentos do ministro relator no STF, Luiz Fux, e das entidades representativas da magistratura que peticionaram sobre o tema no âmbito do Supremo, girava em torno das dificuldades administrativas para reorganização interna do Judiciário, bem como questões relacionadas a pessoal e orçamento, torna-se pertinente “visitar”, mesmo que virtualmente, cada um dos tribunais estaduais e identificar como está a implantação do modelo país afora.

2. METODOLOGIA

Para construir o presente trabalho, em janeiro de 2025, foram pesquisadas notícias ou informações nos sites oficiais de cada um dos Tribunais de Justiça (TJs) dos estados e do Distrito Federal que pudessem indicar se houve aprovação de resoluções internas, portarias e outros atos normativos a respeito da implantação do juiz de garantias. Não foi levada em consideração a implantação do instituto no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais, devido à matéria especializada com a qual lidam.

Também foram observados organogramas e páginas de estrutura dos TJs, na ausência de conteúdos noticiosos contundentes sobre a implantação ou não do juiz das garantias em cada Tribunal de Justiça, para identificar se havia alguma referência às estruturas previstas no artigo 4º da Resolução nº 562, de 3 de junho de 2024, do Conselho Nacional de Justiça. O referido dispositivo indica que a implantação do instituto do juiz das garantias poderá ocorrer por meio da criação de Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias. Ou seja, seguindo um critério de especialização.

Assim, foram consideradas como referências válidas quaisquer notícias ou outro tipo de publicação nos sítios oficiais de cada Tribunal de Justiça sobre anúncio de implantação, início de projeto-piloto, inauguração de instalações ou que cite na estrutura a existência núcleos de garantias e estruturas similares previstas na resolução do CNJ citada anteriormente.

As buscas nos sites institucionais consideraram as expressões “juiz das garantias” e “juiz de garantias”. Quaisquer atos ou notícias que referenciam que o instituto foi implantado no Tribunal de Justiça respectivo levou a que fosse marcado com “Sim” o campo correspondente à pergunta se houve a implantação ou não do instituto. Já aqueles sítios que não permitiram identificar se houve ou não início da implementação do juiz das garantias, indicando a possibilidade de que não ocorrera ainda o início do funcionamento do instituto no âmbito do Tribunal de Justiça, levaram a que o campo correspondente na tabela contivesse a expressão “Não”.

Além disso, foram consultadas diversas fontes para construção de uma recapitulação histórica do julgamento, o próprio acórdão do plenário do STF referente ao julgamento que decidiu pela implantação do instituto no país, bem como a doutrina, especialmente esta última no que tange ao debate sobre sistema acusatório e inquisitório.

3. O INSTITUTO DO JUIZ DE GARANTIAS

Primeiramente, é importante apresentar brevemente a discussão que se deu sobre o tema no âmbito nacional. Conforme exposto anteriormente, a mudança que introduziu o juiz das garantias no Código de Processo Penal (CPP) tem origem nos debates legislativos que resultaram na aprovação da Lei nº 13.964/2019.

Essa lei trouxe várias alterações significativas nas legislações penal e processual penal, incluindo a inserção do art. 3º-A no CPP, que dispõe: “O processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedada a iniciativa do juiz na fase investigativa e a substituição do papel probatório do órgão de acusação” (BRASIL, 2019). O intuito desse dispositivo, segundo o próprio acórdão de julgamento, seria assegurar maior neutralidade ao processo penal, ao atribuir a investigação a um magistrado distinto daquele responsável pelo julgamento. Esse entendimento, em que pese constar explicitamente na Lei em 2019, já é compartilhado pela doutrina jurídica há décadas. Mossin (2010), por exemplo, já destacava que o denominado sistema acusatório tem a ação penal como indutora do atuar jurisdicional, mas com a separação entre quem julga e quem seria o titular da persecução penal.

Importante lembrar o ensinamento doutrinário de que sistema acusatório, que consta embalado nos ditames da atual Constituição Federal brasileira, e sistema inquisitório, que se busca superar na prática cotidiana, são ainda tema de grande debate. Lopes Jr., Pinho e Rosa (2021), ao analisarem os efeitos do Pacote Anticrime antes da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o juiz das garantias, afirmaram que o Brasil ainda sofre com legislações contraditórias, ora pendendo para um sistema inquisitório ora para o acusatório, gerando o que os autores destacam como sendo graus variados entre os dois modelos. “A gigantesca reestruturação operada em países latinos para criar as condições necessárias à implementação do modelo acusatório, no Brasil, submete-se a marcadores normativos contraditórios e incapazes de fomentar o passo acusatório” (LOPES JR., PINHO, ROSA, 2021).

Retomando a análise da lei em tela, os artigos 3º-B a 3º-F, também introduzidos pela mesma legislação, delinearão as competências do juiz das garantias, cuja função é zelar pela legalidade da fase investigativa e pelos direitos fundamentais do investigado. Concluída a etapa de apuração das provas, o magistrado encaminha o caso ao juiz de instrução e julgamento, que prosseguirá com as decisões do processo penal, supostamente sem influências advindas da fase de investigação. “O juiz das garantias é o controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP e/ou Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamentada (reserva de jurisdição). Também é fundamental como garantidor da eficácia de direitos fundamentais exercíveis nesta fase (...)” (LOPES JR., 2025).

Essas alterações no processo penal representam uma transformação profunda na dinâmica do sistema de justiça criminal, exigindo uma reestruturação da distribuição e organização dos magistrados e demais órgãos judiciais. Além da reorganização administrativa, essa mudança configura uma verdadeira transformação no modelo do sistema penal, gerando repercussões sociais, econômicas e, possivelmente, culturais no funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, tanto na esfera federal quanto estadual. Em relação à mudança de cultura, Aury Lopes Jr. (2025), destaca que o juiz das garantias atuaria somente quando provocado, sempre buscando garantir os direitos dos cidadãos sob eventual investigação.

Ele se posta como juiz, inerte, que atua mediante invocação (observância do ne procedat iudex ex officio que funda a estrutura acusatória e cria as condições de possibilidade de ter um juiz imparcial) permitindo que se estabeleça uma estrutura dialética, onde o MP e a polícia investigam os fatos, o imputado exerce sua defesa e ele decide, quando chamado, sobre medidas restritivas de direitos fundamentais submetidas a reserva de jurisdição (como busca e apreensão, quebras de sigilo, prisões cautelares, medidas assecuratórias, etc.) e como guardião da legalidade e dos direitos e garantias do imputado. Portanto, atua como juiz e não como instrutor--inquisidor.

Os defensores da criação do juiz das garantias argumentavam que a medida fortalece princípios constitucionais, como o contraditório e a imparcialidade do julgador, que não estaria envolvido com a coleta de provas.

Entretanto, há quem destaca os desafios administrativos e orçamentários como obstáculos para a implementação dessa figura. Damas et al. (2024), analisaram a implementação do instituto no âmbito de comarca em Floriano, no Piauí. Elas destacam que “a escassez de recursos e as limitações estruturais se configuram como barreiras complicadas”. Em que pese os autores defenderem a implantação do juiz de garantias que, segundo eles, seria um avanço na estruturação de um sistema penal “mais justo e humano”, não olvidam das dificuldades estruturantes relacionadas à falta de pessoal e recursos, problemas explicitados em entrevista que realizaram na construção do trabalho.

Assim, dada a relevância e a amplitude do debate, com argumentos consideráveis a favor e contra a implantação do instituto, foram propostas perante o STF Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) questionando diversos aspectos sobre o juiz das garantias. Essas ações serão detalhadas no próximo tópico. Mas é importante registrar que contavam com a participação de entidades como a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), partidos políticos, associações de advogados criminalistas e defensorias públicas, entre outros.

4. O STF E O JULGAMENTO DO TEMA

Inicialmente, a questão foi submetida ao ministro Luiz Fux, que, em janeiro de 2020, determinou a suspensão nacional da implementação do juiz de garantias. Apenas em junho de 2023, o plenário do Supremo Tribunal Federal começou a julgar o tema, com

a leitura do voto do relator. Considerando a conexão temática, os ministros decidiram apreciar conjuntamente as quatro ADIs, que abordavam pontos específicos do Pacote Anticrime.

A ADI 6.298 questionava diretamente a criação do juiz das garantias, sob o argumento de que tal mudança deveria partir do Poder Judiciário, respeitando o princípio da iniciativa legislativa. A ADI 6.299, apresentada por Podemos e Cidadania, criticava o impacto financeiro dessa medida, que teria sido implementada sem estudos prévios. A ADI 6.305, movida pela Conamp, argumentava que a obrigatoriedade de comunicação entre o Ministério Público e o juiz das garantias era inadequada. Por fim, a ADI 6.300, protocolada pelo PSL, contestava o prazo de 30 dias para a implementação do instituto.

No voto, o relator manifestou-se contrariamente à implementação do juiz das garantias, julgando parcialmente procedentes as ADIs. Ele sustentou que a medida violava a prerrogativa do Poder Judiciário de legislar sobre sua própria organização, comprometia o pacto federativo ao interferir na competência estadual e não previa os recursos necessários para sua execução.

Apesar da posição do relator, a maioria dos ministros do STF votou pela implementação do juiz das garantias. O acórdão resultante do julgamento, concluído em dezembro de 2023, contém mais de mil páginas. Dentre os principais pontos decididos, destaca-se o prazo de até 24 meses, incluindo possíveis prorrogações, para as adequações normativas necessárias à implantação.

O STF também concluiu que as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime não configuraram invasão de competência, pois o Congresso Nacional apenas exerceu sua prerrogativa de legislar sobre o CPP, sem interferir diretamente na auto-organização do Judiciário. Quanto às atribuições do juiz das garantias, ficou definido que ele atuará somente até a fase de denúncia, garantindo a regularidade dos atos investigativos e a proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, a figura do juiz das garantias não se aplicará aos casos do tribunal do júri, e critérios objetivos deverão ser estabelecidos para sua designação em cada jurisdição. Com a resolução das questões jurídicas pelo STF, foi publicada a Resolução nº 562, de junho de 2024, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) parametrizando a implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro.

5. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

A partir de pesquisas realizadas, em janeiro de 2025, nos portais institucionais de cada Tribunal de Justiça no âmbito dos estados e do Distrito Federal, pode-se chegar à tabela abaixo. O objetivo inicial foi identificar como o assunto tem evoluído no âmbito desse recorte do judiciário nacional.

Tabela 1 - Compilado da análise sobre a implantação do juiz das garantias em 27 tribunais estaduais e do Distrito Federal

Tribunal Estadual ou Distrito Federal	Foi encontrada no site referência se instalou Juiz das Garantias?	Observação
TJAC	SIM	Início em agosto de 2024.
TJAL	NÃO	Não foi encontrada referência sobre a implantação no site institucional.
TJAP	SIM	Há referência a Central de Garantias no site.
TJAM	SIM	Há referência a edital de outubro de 2024 para seleção de magistrados para Vara das Garantias.
TJBA	SIM	Aprovado em dezembro de 2024 o projeto-piloto.
TJCE	SIM	Já foram criados sete núcleos, segundo notícia publicada no site. Implantação aprovada em outubro de 2024.
TJDFT	SIM	TJDFT publicou resolução em setembro de 2024 a respeito do instituto.
TJES	SIM	Resolução de janeiro de 2025 implanta o juiz de garantias no Estado.
TJGO	SIM	Notícia no site do CNJ informa que projeto-piloto foi implantado em março de 2024.
TJMT	NÃO	Segundo notícia publicada no site, a criação está prevista para o biênio 2025/2026.
TJMS	SIM	Há referência publicada no site sobre a implantação do instituto no estado.
TJMG	NÃO	Notícia de outubro de 2024 fala da necessidade de virtualização dos inquéritos, o que levaria um ano, pelo menos.
TJPA	NÃO	Grupo de trabalho entregou proposta sobre implantação ao presidente do Tribunal em setembro de 2024.
TJPB	SIM	Publicada em novembro de 2024 Resolução sobre o instituto no estado.
TJPR	SIM	Início do funcionamento em outubro.
TJPE	NÃO	Em agosto, só há uma notícia sobre a instituição de grupo de trabalho para debater regras de funcionamento.
TJPI	SIM	Notícia publicada no site referencia inauguração das instalações onde funciona o juiz de garantia.

TJRJ	NÃO	No site, não há informações claras se foi ou não implantado o instituto no estado.
TJRN	SIM	Resolução de novembro de 2024 prevê implantação em até 180 dias.
TJRS	SIM	Notícia publicada no site informa instalação em 28 de janeiro de 2025.
TJRO	NÃO	Ainda em fase de planejamento para implantação do instituto.
TJRR	NÃO	Não há referência no site a respeito da implementação do instituto no estado.
TJSC	SIM	Instalado em 14 de dezembro de 2023.
TJSP	SIM	Publicação no site evidencia que já houve a implantação do instituto no tribunal em outubro de 2024.
TJSE	NÃO	Há apenas menção à estruturação de grupo de trabalho para implantação do juiz das garantias.
TJTO	NÃO	Não foi encontrada referência no portal institucional a respeito da implantação do instituto.

Fonte: elaboração própria.

Conforme evidenciado, mesmo após a publicação do ato do CNJ, há uma grande disparidade no estágio de implantação do juiz das garantias no país. Dentre os 16 Tribunais de Justiça evidenciados com “Sim” na tabela, por exemplo, alguns ainda necessitam estruturar o planejamento de implantação do juiz das garantias, outros apenas apresentaram resoluções internas e há aquelas unidades da federação que já inauguraram unidades e iniciaram o trabalho de atendimento especializado por meio de varas ou núcleos das garantias.

Além disso, em outros 11 tribunais analisados não há qualquer menção à implantação do juiz das garantias nas notícias ou informações publicadas no site. Portanto, pode-se identificar uma grande disparidade nos sites institucionais do judiciário nacional em termos de transparência ativa quanto à divulgação do estágio de implantação do juiz das garantias. “A credibilidade das instituições públicas é pautada na transparência da gestão, aliada a outros instrumentos que reforcem o direito e a possibilidade real de fiscalização da máquina pública” (HOCH; HIGHI; SILVA, 2012).

Nesse sentido, cabe ressaltar que dificuldades relacionadas ao atendimento de critérios de transparência ativa nos portais institucionais do Poder Judiciário não seriam uma novidade. Hoch, Highi e Silva (2012), em análise dos sites de Tribunais Regionais Federais identificaram, há pouco mais de uma década, que deficiências como a falta de padronização e problemas de usabilidade seriam desafios a serem enfrentados na busca da concretização da transparência ativa. Mesmo que aqui não se trate da análise do atendimento à Lei

nº 12.557/2011, problemas similares aos relatados pelas autoras também foram encontrados nos portais institucionais dos Tribunais de Justiça.

Em alguns portais de TJs analisados para a construção do presente trabalho, não há qualquer menção quanto aos passos dados para implantação do instituto, ao menos na área de notícias. Isso pode representar um fator de dificuldade aos cidadãos que desejam acompanhar como está o cumprimento da decisão do STF e se estaria de forma aderente à resolução do CNJ que disciplinou a implantação do juiz das garantias.

Outrossim, esse dado pode evidenciar que podem estar acertadas as dificuldades administrativas e necessidade de reestruturação alegadas no âmbito das ADIs propostas perante o Supremo Tribunal Federal. Obviamente, tribunais que já implantaram o instituto - que são a maioria - demonstram que é possível que haja essa adequação para atendimento da previsão legal, em maior ou menor tempo.

Independentemente disso, ao cidadão é imprescindível contar com essa garantia e diferenciação entre aquele que diligencia e o que julga de fato. Conforme ressaltado pela doutrina, o sistema acusatório existente no país hoje é uma previsão constitucional. “Em que pesa essa alteração processual demande tempo ou até mesmo custos para o judiciário, trata-se de uma medida necessária, pois o atual Código de Processo Penal brasileiro foi editado em 1941, durante a Constituição de 1937, possuindo vários dispositivos ultrapassados e fortes traços inquisitoriais” (PENA; DOS SANTOS; DA SILVA, 2022).

A Lei 13.964/2019 apenas explicita e aperfeiçoa a prática processual penal de modo a evitar que se cometam eventuais equívocos na prestação judiciária. Ela deve ser lida como de fato de apresenta na ementa: como algo que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal” (BRASIL, 2019).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que o prazo para implantação do juiz das garantias está em curso e termina somente em 25 de agosto de 2025, os Tribunais de Justiça dos estados que ainda não o implantaram têm pouco mais de sete meses para tal, não há problema de descumprimento legal quanto àqueles que não o fizeram. Porém, não se pode desconsiderar que urge a necessidade de implantação do instituto no âmbito dos tribunais de modo que os cidadãos tenham seus direitos fundamentais preservados no curso de investigações criminais.

Além disso, importante atentar para a necessidade de que haja maior transparência dos TJs em relação à divulgação sobre o como está o atendimento da decisão do STF. Muitos sites possuem dificuldades de navegação e, em alguns casos, não há registros de fácil pesquisa sobre a implantação do juiz de garantias.

A criação do juiz de garantias no Código de Processo Penal, conforme a doutrina, tem relevância por assegurar a imparcialidade do julgador, especialmente diante das controvérsias envolvendo operações e forças-tarefas envolvendo Ministério Público e Polícia Federal, com a ocorrência de diversas irregularidades no respeito ao devido processo legal, levando o Supremo Tribunal Federal a anular várias decisões.

Apesar de a Constituição de 1988 já estabelecer que vive-se em um sistema de modelo acusatório, recentes atuações do Judiciário e do Ministério Público revelaram a necessidade de explicitar na legislação garantias que deveriam ser evidentes. Assim, a introdução do juiz de garantias no Pacote Anticrime foi uma resposta do Congresso Nacional às arbitrariedades praticadas por membros do Ministério Público e do Judiciário.

A separação entre o juiz responsável pela apuração das provas e aquele que julga a causa busca evitar conflitos de interesse, subjetivismo e outras mazelas mais ligadas ao sistema inquisitório. A divisão de funções atualmente existente contribui para fortalecer a imparcialidade do sistema penal e afastar resquícios do modelo anterior.

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal de validar a criação do juiz de garantias representa um avanço para a consolidação do sistema acusatório e a proteção dos direitos fundamentais dos acusados. No entanto, sua implementação dependerá da disposição política dos magistrados e gestores públicos no âmbito dos Tribunais, pois, apesar dos desafios técnicos apontados, não se pode deixar de aperfeiçoar o Código de Processo Penal para garantir um julgamento mais justo, equilibrado e que garanta o atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça do DF implanta instituto do juiz das garantias**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-do-df-implanta-instituto-do-juiz-das-garantias/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Institui o juiz das garantias e altera dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e outras legislações correlatas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 30 dez. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Ato nº 5601**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5601>. Acesso em: 27 jan. 2025.

CNN BRASIL. **TJs veem impacto financeiro para adotar juiz de garantias; advogados defendem medida**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/tjs-veem-impacto-financeiro-para-adotar-juiz-de-garantias-advogados-defendem-medida/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

CONJUR. **TJ-DF aprova resolução que implanta juiz das garantias no Distrito Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-ago-21/tj-df-aprova-resolucao-que-implanta-juiz-das-garantias-no-distrito-federal/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

DAMAS, Danyquely Lucena Vieira et al. A implementação dos juízes de garantias e sua contribuição para a proteção dos direitos fundamentais no processo penal brasileiro: um estudo acerca de experiências exitosas, bem como os desafios para a implementação na comarca de Florianópolis. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 10, n. 12, p. 2778-2793, 2024.

G1 GOIÁS. **Tribunal de Justiça de Goiás é o primeiro do país a implantar o juiz de garantias; entenda função do cargo**. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2024/03/19/tribunal-de-justica-de-goias-e-o-primeiro-do-pais-a-implantar-o-juiz-de-garantias-entenda-funcao-do-cargo.gh.html>. Acesso em: 27 jan. 2025.

HOCH, Patrícia Adriani; RIGUI, Lucas Martins; SILVA, Rosane Leal da. Desafios à concretização da transparência ativa na internet, à luz da lei de acesso à informação pública: análise dos portais dos Tribunais Regionais Federais. **Revista direitos emergentes na sociedade global**, v. 1, n. 2, p. 257-286, 2012.

LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote Anticrime: um ano depois**. Rio de Janeiro: Expressa, 2021. E-book. p.16. ISBN 9788553618453. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553618453/>. Acesso em: 29 jan. 2025.

LOPES JR., Aury L. **Direito Processual Penal** - 22ª Edição 2025. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.120. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 29 jan. 2025.

MOSSIN, Heráclito A. **Compêndio de Processo Penal: Curso Completo**. Barueri: Manole, 2010. E-book. p.A. ISBN 9788520446423. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520446423/>. Acesso em: 29 jan. 2025.

PENA, Heriberto Wagner Amanajás; DOS SANTOS VALENTE, Milena; DA SILVA CARVALHO, Cláudio. O juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro: a viabilidade da implementação no processo penal. **Conjecturas**, v. 22, n. 15, p. 1062-1080, 2022.

SITE DIZ que Moro e Deltan Dallagnol combinavam atuações no âmbito da Lava-Jato. **O Globo**, 9 jun. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/site-diz-que-moro-deltan-dallagnol-combinavam-atuacoes-no-ambito-da-lava-jato-23728364>. Acesso em: 30 dez. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF decide pela implementação do juiz das garantias e fixa regras para sua aplicação**. 6 dez. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>. Acesso em: 30 dez. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300, nº 6.305**, relator: Luiz Fux, julgado em ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 30 dez. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (TJDFT). **TJDFT publica resolução que implanta o juiz das garantias na Justiça do DF e Territórios**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2024/setembro/tjdft-publica-resolucao-que-implanta-do-juiz-das-garantias-na-justica-do-df-e-territorios>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (TJDFT). **Juízos das garantias: entenda o fluxo de distribuição dos processos**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2024/outubro/juizos-das-garantias-entenda-o-fluxo-de-distribuicao-dos-processos>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE (TJAC). **TJAC instala a Vara Estadual do Juiz das Garantias no Fórum Criminal**. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/2024/09/tjac-instala-a-vara-estadual-do-juiz-das-garantias-no-forum-criminal/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE (TJAC). **TJAC entrega neste mês de agosto instalações da Vara Estadual do Juiz das Garantias**. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/2024/08/tjac-entrega-neste-mes-de-agosto-instalacoes-da-vara-estadual-do-juiz-das-garantias/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ (TJAP). **Aperfeiçoamento: TJAP promove curso 'Juiz das Garantias' para magistrados e servidores da Justiça Estadual**. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/noticias/aperfeicoamento-tjap-promove-curso-juiz-das-garantias-para-magistradas-magistrados-servidoras-e-servidores-da-justica-estadual.html>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS (TJAM). **Pleno do TJAM aprova a remoção de quatro juízes para a Vara de Garantias Penais e de Inquéritos Policiais de Manaus.** Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/12915-pleno-do-tjam-aprova-a-remocao-de-quatro-juizes-para-a-vara-de-garantias-penais-e-de-inqueritos-policiais-de-manaus>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS (TJAM). **Pesquisa sobre Juiz das Garantias.** Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/pesquisar?searchword=juiz%20das%20garantias&ordering=newest&searchphrase=all&limit=20>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA (TJBA). **Grupo de trabalho para a implantação e efetivo funcionamento do Juiz das Garantias no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia.** Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/portal/grupo-de-trabalho-para-a-implantacao-e-o-efetivo-funcionamento-do-juiz-das-garantias-no-ambito-do-poder-judiciario-do-estado-da-bahia/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA (TJBA). **Tribunal Pleno aprova a instituição do Juiz das Garantias no Judiciário Baiano.** Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/portal/tribunal-pleno-aprova-a-instituicao-do-juiz-das-garantias-no-judiciario-baiano/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ (TJCE). **7º Núcleo Regional de Custódia e das Garantias será inaugurado nesta terça-feira, 28/01, em Maracanaú.** Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/7o-nucleo-regional-de-custodia-e-das-garantias-sera-inaugurado-nesta-terca-feira-28-01-em-maracanau/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ (TJCE). **Pleno do TJCE define implantação do Juiz das Garantias no interior do Estado.** Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/pleno-do-tjce-define-implantacao-do-juiz-das-garantias-no-interior-do-estado/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO (TJES). **Resolução nº 003/2025, Disp. 09/01/2025.** Disponível em: <https://www.tjes.jus.br/resolucao-no-003-2025-disp-09-01-2025/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO (TJMT). **TJMT fortalece estratégias para oferecer melhores serviços à sociedade no biênio 2025-2026.** Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/2025/1/tjmt-fortalece-estrategias-para-oferecer-melhores-servicos-a-sociedade-no-bienio-2025-2026>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL (TJMS). **Notícia sobre Juiz das Garantias.** Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/noticia/64106>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL (TJMS). **TJMS noticia implementação do juiz das garantias.** Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/noticia/64693>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ (TJPI). **TJ-PI inaugura Centrais de Inquérito e Audiência de Custódia I e II em Teresina e amplia estrutura da Justiça Criminal.** Disponível em: <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/tj-pi-inaugura-centrais-de-inquerito-e-audiencia-de-custodia-i-e-ii-em-teresina-e-amplia-estrutura-da-justica-criminal/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). **Justiça paulista inaugura vara dedicada à garantia de direitos em processos criminais.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=104990>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE (TJRN). **Ato nº 7898, de 2025.** Disponível em: <https://atos.tjrn.jus.br/atos/detalhar/7898>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). **Judiciário gaúcho instalará na próxima semana varas regionais de garantias.** Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/judiciario-gaucha-instalara-na-proxima-semana-varas-regionais-de-garantias-2/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA (TJRO). **Corregedoria do TJRO reúne instituições para planejar implementação do Juiz de Garantias.** Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/noticias/mais-noticias/corregedoria-do-tjro-reune-instituicoes-para-planejar-implementacao-do-juiz-de-garantias>. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Pioneira no Brasil, Vara Regional de Garantias é instalada na Comarca de Rio do Sul.** Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/impressao/-/pioneira-no-brasil-vara-regional-de-garantias-e-instalada-na-comarca-de-rio-do-sul?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Djuiz%2Bde%2Bgarantia. Acesso em: 27 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. **Presidente autoriza estudos para a implantação do juiz de garantias no TJSE.** 2024. Disponível em: <https://agencia.tjse.jus.br/noticias/item/14441-presidente-autoriza-estudos-para-a-implantacao-do-juiz-de-garantias-no-tjse>. Acesso em: 29 jan. 2025.

CURATELA NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: A PROPOSTA PROMOVE A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS E RESPEITO À AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

GUARDIANSHIP IN THE CIVIL CODE REFORM: DOES THE PROPOSAL PROMOTE THE IMPLEMENTATION OF RIGHTS AND RESPECT FOR THE AUTONOMY OF PERSONS WITH DISABILITIES?

Marina Neves de Campos Mello¹

RESUMO: O presente artigo analisa a compatibilidade das alterações propostas no instituto da curatela no projeto de reforma do Código Civil (PL n. 04/2025) com os preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). A partir de revisão bibliográfica e da análise da legislação, traça-se o panorama histórico do regime das incapacidades civis no Brasil. Após, reconstrói-se o conceito de deficiência, ainda em transformação, evidenciando-se a transição do modelo biomédico para o modelo social. Analisa-se o desenvolvimento do sistema de apoio à pessoa com deficiência e, em seguida, apresenta-se um exame crítico comparado entre o regime atual da curatela e as mudanças sugeridas pelo projeto. Conclui-se que, embora o projeto de lei proponha mudanças para garantir maior respeito à autonomia, com avanços na implementação da CDPD, ainda há lacunas que limitam sua efetividade como instrumento de promoção da autonomia da pessoa com deficiência.

Palavras-chave: Curatela; Capacidade civil; Pessoa com deficiência; Sistema de apoios; Projeto de Lei 04/2025

ABSTRACT: This article analyzes the compatibility of the proposed changes to the legal institute of guardianship, as outlined in the Civil Code reform bill (Bill No. 04/2025), with the principles established by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities (LBI). Based on a literature review and legislative analysis, the study outlines the historical framework of the civil incapacity regime in Brazil. It then reconstructs the evolving concept of disability, highlighting the transition from the biomedical to the social model. The development of the support system for persons with disabilities is also examined. Subsequently, a critical comparative analysis is conducted between the current regulation of guardianship and the changes proposed by the bill. The study concludes that, although the bill proposes measures aimed at enhancing respect for autonomy and advancing the implementation of the CRPD, gaps remain that limit its effectiveness as a tool for promotion autonomy of the persons with disabilities.

Keywords: Guardianship; Legal capacity; Disabilities; Support system; Bill No. 04/2025.

1. INTRODUÇÃO

Aguarda tramitação no Senado Federal proposta de reforma do Código Civil brasileiro (CC02), formalizada pelo Projeto de Lei 04/2025 (PL 04/25), baseada em ante-

¹ Mestranda em Direito Civil na PUC-SP. Pesquisas nas áreas de responsabilidade civil, direitos da personalidade, direitos do paciente e bioética. Especialista em Direito Médico e Hospitalar pela EPD (2022). Graduação em Direito na Universidade de São Paulo (2001). Defensora Pública do Estado de São Paulo desde 2011, com atuação nas áreas de Direito Civil, Família e Infância e Juventude. E-mail para contato: marinaneves1979@gmail.com.

projeto elaborado por comissão de juristas presidida pelo ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Com sua aprovação, pretende-se uma “atualização” do CC02, o qual, na verdade, altera formal e substancialmente a legislação civil. Mais de mil artigos são modificados, com alteração na estrutura, técnica, na linguagem e em seus métodos. A reforma propõe um novo regime jurídico das incapacidades, que já havia sido alterado pela Lei n.º 13.146/15, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), promulgado em 2015. O EPD também criou e disciplinou o sistema de apoios à pessoa com deficiência, que novamente poderá ser modificado caso o PL 05/25 seja aprovado na versão apresentada ao Senado.

O EPD, em vigor há uma década, foi promulgado com o objetivo de cumprir as disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo. A CDPD e o EPD alteraram o paradigma da deficiência ao se afastarem do modelo médico de intervenção e adotarem o modelo social da deficiência, com o objetivo de assegurar e promover, em condições de igualdade e sem discriminações, o exercício dos direitos e das liberdades da pessoa com deficiência. As normas também visam promover a autonomia e a inclusão social da pessoa com deficiência. O EPD, para tanto, promoveu profundas mudanças no regime jurídico de incapacidades previsto no CC02, que mantinha essencialmente a estrutura do Código Civil de 1916 (CC16). Alterou também o sistema outrora conhecido como assistencial, que regulamentava o poder familiar, a tutela e a curatela das pessoas incapazes. A mudança no regime jurídico das incapacidades em 2015 gera, ainda hoje, grandes divergências doutrinárias, sobretudo em relação à autodeterminação de pessoas em coma e com graves deficiências cognitivas ou intelectuais. As divergências também se estenderam para a operacionalização dos sistemas de apoio, levantando questionamentos sobre a natureza e a amplitude da curatela e da tomada de decisão apoiada. O PL 04/25 propõe, entre inúmeras outras, alterações no regime jurídico das incapacidades e no desenho do sistema de apoio para pessoas com deficiência.

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre as alterações promovidas pelo EPD, e que podem novamente vir à tona com a eventual aprovação do PL 04/25, resultam da tensão existente entre ideais de segurança jurídica e proteção e cuidado a pessoas eventualmente vulneráveis por deficiência e dos ideais de promoção de autonomia e liberdade, que possibilita às pessoas com deficiência o desenvolvimento de seus próprios projetos de vida, preservando sua dignidade e retirando essas pessoas da marginalidade.

Neste trabalho, pretende-se apresentar uma análise comparativa entre o atual modelo da curatela e aquele previsto no PL 04/25, a fim de se avaliar se as alterações propostas avançam na implementação da CDPD e se estão em harmonia com o EPD. Pretende-se, ainda, verificar se o perfil de curatela proposto soluciona problemas já apontados pela doutrina e jurisprudência, especialmente no que toca à operacionalização do instituto e seu potencial emancipatório e de estímulo à autonomia da pessoa com deficiência. Não integra o escopo deste artigo esmiuçar as propostas relativas aos demais instrumentos do sistema de apoios previstos no projeto, como a diretiva antecipada de curatela e a tomada

de decisão apoiada. O estudo centra-se na curatela por ser instituto de longa tradição no ordenamento brasileiro, além de ser o instrumento mais utilizado no cotidiano das pessoas que, por qualquer razão, estejam com dificuldade ou impedidas de manifestar vontade. Para tanto, apresenta um panorama histórico sobre o regime jurídico das incapacidades e a função da curatela nesse cenário, que começa a se transformar com a CDPD e, posteriormente, dá uma guinada com a promulgação do EPD. Na sequência, passa-se à análise da proposta de regulamentação do PL 04/25.

2. AS DEFICIÊNCIAS, O REGIME TRADICIONAL DAS INCAPACIDADES E A CURATELA COMO INSTRUMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE

A concepção de pessoa com deficiência varia ao longo da história. Em razão disso, o conceito de deficiência, ainda hoje, está em construção. A ideia de deficiência também se transforma a partir de como a humanidade, com o transcorrer do tempo, enxerga a si mesma, seus padrões de normalidade e sua forma de se realizar como ser humano. Na contemporaneidade ocidental, o homem se justificaria no exercício da liberdade, entendida como faculdade para construir, viver e realizar o projeto de vida que lhe for pertinente. Esse se torna, portanto, o principal objetivo do Estado, que deve se abster de intervir no exercício dessa faculdade, mas também possibilitar seu desenvolvimento e, por consequência, dos projetos de vida das pessoas. Esse é o fundamento axiológico da CDPD².

A CDPD é o primeiro tratado internacional do século XXI e o primeiro a versar sobre os direitos das pessoas com deficiência no sistema de proteção da ONU de direitos humanos. No Brasil, passou pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, que lhe deu caráter de emenda constitucional, conferindo-lhe *status* constitucional. O propósito da CDPD, explicitado em seu art. 1º, “é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Apenas no século XXI, tanto a proteção como a promoção da saúde e dos projetos de vida das pessoas com deficiência começaram a ser entendidas como uma questão da ordem dos direitos, da justiça social e das políticas de bem-estar. Em períodos diversos da história, a deficiência foi tratada a partir das religiões, que a compreendia como castigo divino, resultado de azar ou culpa do deficiente. Também foi vista como tragédia pessoal, logo, objeto do assistencialismo e da caridade³. Assim, não havia preocupação com a promoção da igualdade. Ao contrário, pessoas deficientes eram excluídas da participação da vida social, o que poderia ocorrer por meio de um modelo eugênico, como na Grécia antiga, em que “corpos deformados” eram mortos, ou em Roma, em que pais eram autorizados a afogar os filhos nascidos com alguma deficiência. Já no período medieval, a

2 SIQUEIRA, N. S. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da convenção de Nova York. In: MENEZES, J. B. D (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual** nas relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 113-132.

3 DINIZ, D. **O Que É Deficiência**. [S. l.]: Brasiliense, 2007.

política não era eugênica, mas de marginalização social, e a deficiência, um castigo divino. Dessa forma, as pessoas deficientes eram segregadas em locais específicos para “pessoas anormais” ou “pobres marginalizados”⁴.

Com o Iluminismo, a resposta social às pessoas tidas como diferentes começa a vir da medicina, em especial, da psiquiatria. O ideal de modernidade, amparado no cientificismo e no progresso, funda o modelo da reabilitação, “cujo objetivo era normalizar as pessoas incapazes que, por problemas individuais, não se adaptavam à sociedade”⁵. Pretendia-se, por meio da reabilitação, promover a “normalização” do corpo e da pessoa, com cura ou integração. Essas noções compõem o modelo biomédico ou reabilitador, que entende caber à pessoa com deficiência se adaptar à sociedade para dela participar. Evidencia-se a deficiência como uma falta, uma insuficiência e um problema individual a ser superado⁶. Para viabilizar o processo de “normalização” dos diferentes, é necessário transferir o controle da vida dessas pessoas a terceiros. Cria-se, assim, um sistema de natureza assistencialista e de seguridade social. Em caso de falha da reabilitação ou cura, a pessoa fica restrita ao lar, à vida privada ou à institucionalização.

Ao mesmo tempo, o direito civil desenvolve “o método racional e objetivo da teoria das incapacidades, para extirpar a autonomia e segregar aqueles que representavam entraves à estabilidade das relações sociais” em razão de deficiências mentais ou cognitivas⁷. Nelson Rosenvald alerta, no entanto, que também coube ao direito civil da modernidade o mérito de “introduzir o valor liberal-democrático da igualdade formal pela via da indiscriminada concessão da capacidade civil, mediante paridade legislativa de tratamento em prol de todos os indivíduos”⁸. Permitiu-se, portanto, amplo acesso ao estatuto das titularidades. Por uma longa fase histórica, no entanto, o beneficiário da plenitude da subjetividade foi o homem burguês, maior, alfabetizado, proprietário. O sistema brasileiro de capacidade civil, construído a partir das ideias liberais do final do século XIX, não tinha como centro de interesse a tutela da pessoa, mas as relações patrimoniais. Ele foi construído de modo a favorecer ao máximo a segurança jurídica dos atos negociais com um modelo de sujeito abstrato apto a garantir esse objetivo.

4 BARBOSA-FOHRMANN, A. P.; KIEFER, S. F. W. Modelo Social de Abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 133-156.

5 ROSENVALD, N. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 159.

6 BARBOSA-FOHRMANN, A. P.; KIEFER, S. F. W. Modelo Social de Abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 133-156.

7 ROSENVALD, N. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

8 ROSENVALD, N. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 159.

Assim, conforme pontuam Ana Beatriz Pimentel Lopes e Vanessa Correia Mendes:

O sujeito idealizado seria aquele que estivesse na titularidade do direito de propriedade e, para realizar a administração patrimonial e/ou fazê-la circular na sociedade, passava a estar identificado como a figura do contratante e/ou testador e/ou chefe do grupo familiar. Esse sujeito idealizado serviu de molde para a identificação da pessoa plenamente capaz para os atos da vida civil no Brasil⁹.

Nesse mesmo sentido, Nelson Rosenvald afirma que no nosso sistema, construído a partir da matriz europeia das codificações, a pessoa se dilui em um indivíduo, um abstrato sujeito de direitos e deveres, um polo de relações jurídicas e centros de interesse inter-relacionados: a ideia de personalidade se vincula à de titularidade. Assim, são irrelevantes as singularidades de comportamento e as nuances de cada ser humano: “ao ideal de segurança jurídica só convinha dialogar com aqueles que desempenhassem adequadamente os papéis determinados pela legislação, basicamente aqueles relacionados a uma adequada performance produtiva”¹⁰.

Quem não estivesse apto ao desempenho adequado de determinados papéis poderia ter sua capacidade jurídica afastada ou reduzida pelo tradicional sistema das incapacidades, desenhado desde o Código Civil de 1916 (CC16). O CC02, por sua vez, promoveu algumas mudanças neste sistema, mas, antes de ser reformado pelo EPD, essencialmente manteve a estrutura tradicional das incapacidades concebida no início do século XX, que cinde a capacidade jurídica em duas espécies. Em ambas as codificações¹¹, todas as pessoas, sem distinção, gozam da aptidão para serem titulares de direitos e deveres, na ordem privada. Existindo pessoa, existe a capacidade de direito: são irrelevantes questões formais, como ausência de documentos ou certidão de nascimento, ou ainda idade e condições de saúde. Essa também é conhecida como capacidade de gozo¹². Ainda na concepção tradicional do sistema, há a capacidade conhecida como de fato ou de exercício, que não é conferida a todas as pessoas. Os arts. 3º e 4º do CC02 estabeleciam as pessoas que podiam ser reconhecidas como absolutamente incapazes e as pessoas relativamente incapazes, assim como o CC16.

Além de garantir a segurança jurídica e do tráfego negocial, compreendia-se que as pessoas consideradas incapazes precisariam de proteção em vista de deficiências consideradas “naturais”, decorrentes de idade, saúde, desenvolvimento mental e intelectual. Assim, a lei não lhes permitia o exercício pessoal dos direitos, exigindo representação

9 LOPES, A. B. L. P.; MENDES, V. C. A plena capacidade civil da pessoa maior com deficiência intelectual ou psíquica e a funcionalização do sistema de apoio por meio da curatela. In: MENEZES, J. B. D.; BROCHADO TEIXEIRA, A. C. (org.). **Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 45-64, p. 51.

10 ROSENVALD, N. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 160.

11 BRASIL. Código Civil (1916). “Art. 2º. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”; BRASIL, Código Civil (2002). “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

12 TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ou assistência para a prática dos atos jurídicos em geral¹³. Pela codificação de 1916, eram considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos, os “loucos de todo o gênero”, os surdos mudos que não pudessem exprimir sua vontade e os ausentes declarados por ato do juiz. A norma se pautava pelo critério do *status* (*status approach*), pelo qual o próprio estado de deficiência seria incapacitante por si: a simples presença de uma deficiência específica, em especial as de ordem psíquica e intelectual, era motivo suficiente para privar a pessoa da capacidade jurídica, sem aferição de suas capacidades reais e concretas. A essas pessoas, era aplicado um critério abstrato e apriorístico¹⁴.

O estatuto de 2002 reduziu a três as causas de incapacidade absoluta: além dos menores de 16 anos, passaram a ser incapazes aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e aqueles que, “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Após a promulgação do EPD, apenas os menores de 16 anos podem ser considerados absolutamente incapazes, vigendo exclusivamente o critério etário. O CC02 eliminou a expressão “loucos de todo gênero”, reflexo de uma concepção de deficiência mental do século XIX, mas mantém como critério de incapacidade as pessoas privadas de discernimento, por enfermidade ou deficiência mental, além do critério de condição e possibilidade de manifestação da vontade.

Assim, a partir da norma de 2002, o critério não é mais apriorístico: a presença de deficiência, por si só, não é mais fundamento para se reduzir a capacidade. Adota-se a abordagem funcional (*functional approach*), que observa a capacidade natural do sujeito de, por si, compreender, discernir, decidir, raciocinar, avaliando a conveniência e os efeitos das suas decisões. Por consequência, será capaz quem consegue realizar escolhas informadas por si só, sem qualquer auxílio. A deficiência, nesse contexto, aparece como forma indireta de restrição de capacidade e autonomia¹⁵. A incapacidade absoluta leva à proibição total do exercício do direito. O ato só poderá ser praticado pelo representante do absolutamente incapaz, sob pena de nulidade (CC02, art. 166). O representante do menor de 16 anos, em regra, são seus genitores (CC02, art. 1634, VII), independentemente de intervenção judicial; o representante dos demais absolutamente incapazes, declarados judicialmente como tal, era a pessoa nomeada como curadora em processo de interdição.

Já o art. 4º do CC02 estabelece o rol dos relativamente incapazes, que restringe de forma mais branda os atos que podem ser praticados pelo interdito. Aqueles declarados relativamente incapazes podem praticar diretamente e por si os atos da vida civil, desde que assistidos por seu representante legal, sob pena de anulabilidade (CC02, art. 171, II). Pelo

13 GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro I** – Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

14 MENEZES, J. B. D. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, [S. l.], v. 23, n. 2, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 20 jun. 2024.

15 MENEZES, J. B. D. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, [S. l.], v. 23, n. 2, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 20 jun. 2024.

sistema anterior ao EPD, eram relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos. O CC16 previa incapacidade relativa até a idade de 21 anos. Além do critério etário, também poderiam ter capacidade relativa os ébrios habituais, viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tinham o discernimento reduzido. Figuravam ainda como sujeitos à incapacidade relativa os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo e os pródigos. O CC02 remeteu a capacidade dos indígenas, à época denominados como “índios”, para regulamentação em legislação específica.

A pessoa declarada absolutamente incapaz tem sua vontade substituída pela vontade do representante legal. Assim, até a entrada em vigor do EPD, os curadores substituíam integralmente a manifestação da vontade e consentimento dos maiores incapazes, com total restrição de sua autonomia. Os relativamente incapazes, por sua vez, se valiam do mecanismo da assistência, em que há uma complementação da vontade, já que há sua participação direta no ato da vida civil, mas em conjunto com o assistente. No conceito do regime tradicional das incapacidades, portanto, entende-se que o assistente não substitui o relativamente incapaz no exercício de seus direitos, mas atua de forma complementar. A vontade do assistente não se sobrepõe nem é presumida como equivalente à do assistido; ao contrário, o próprio assistido deve exercer sua vontade, que só produzirá efeitos jurídicos válidos se coincidir com a do assistente¹⁶.

Todavia a estrutura protetiva do sistema de incapacidades pouco se preocupou em estudar e desenvolver a estrutura e a função da incapacidade relativa. O sistema operava na lógica biunívoca entre “capaz” e “incapaz”, e com associação quase automática entre “incapacidade absoluta” e “representação por curador” e “incapacidade relativa”, com curatela limitada, por meio da assistência também do curador¹⁷. Na prática forense, no entanto, o que predominava era a declaração de incapacidade absoluta, com vedação do exercício de qualquer tipo de direito pelo interdito. A promulgação do EPD, em 2015, viria a desacomodar o regime das incapacidades e o sistema protetivo-assistencial tradicional, assim como os hábitos de associar disciplinas legais a consequências já previstas e consolidadas na jurisprudência¹⁸.

Apesar de sua justificativa protetiva/paternalista, no regime tradicional, nos casos de incapacidade absoluta, o instituto da interdição se aproximava mais de uma sanção civil imposta a quem não cometeu qualquer delito. A pessoa, a despeito de titularizar direitos, não pode exercer nem mesmo aqueles de natureza existencial, como os de liberdade de expressão, direito ao próprio corpo, direitos reprodutivos, os quais são inerentes à própria personalidade e inviabiliza o exercício por terceiros, alijando a pessoa da vida em sociedade. O estatuto de 2002, a despeito de ter sido promulgado mais de 10 anos após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (CF88), não acompanhou o movimento de

16 RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

17 TARTUCE, F; TASSINARI, S. Autonomia e gradação da curatela à luz das funções psíquicas. In: EHRHARDT JR, M; LOBO, F. (org.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

18 TARTUCE, F; TASSINARI, S. Autonomia e gradação da curatela à luz das funções psíquicas. In: EHRHARDT JR, M; LOBO, F. (org.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

despatrimonialização do direito civil e da elevação da tutela da pessoa e sua dignidade ao centro do sistema normativo, já que as discussões sobre as normas do novo sistema privado começaram ainda na década de 1970, o que levou a um anacronismo, neste ponto, com o espírito constitucional da década posterior.

O desenho do regime de incapacidade, portanto, continuou privilegiando a proteção patrimonial da pessoa declarada incapaz, ainda entendida como sujeito abstrato de direito, polo de relações jurídicas, o que é incompatível com a tutela da dignidade da pessoa humana. Mas, à época, já se apontava a insuficiência da capacidade jurídica prevista no direito civil tradicional enquanto estrutura binária, com a divisão entre capacidade de gozo e de exercício, especialmente ao se pensar na estrutura dos direitos humanos¹⁹. Vê-se que o regime tradicional das incapacidades, mesmo no CC02, replicou a lógica do “tudo-ou-nada”, pois torna a pessoa incapaz para “os atos da vida civil”, o que abrange uma gama muito variada de situações, de natureza patrimoniais ou extrapatrimoniais. A incapacidade jurídica, nesse cenário, assume também um papel inadmissível: converte-se em instrumento de manobra para retirar o consentimento de quem ainda pode dispor do patrimônio, com um elevado número de pedidos de interdição de idosos por seus herdeiros, os quais pretendem preservar uma eventual futura herança²⁰.

Por outro lado, a CF88, que promoveu o “giro repersonalizante”, tem como objeto de preocupação a pessoa concretamente considerada e conclama a intervenção protetiva em atenção aos princípios da solidariedade social e da isonomia substancial. Para isso, eleva a dignidade humana ao vértice do ordenamento jurídico, afastando-se de categorias abstratas e formais em favor da hermenêutica emancipatória, com o reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas humanas em suas variadas configurações²¹.

Na doutrina contemporânea, portanto, ocorre a “passagem do sujeito à pessoa”, vale dizer, a noção abstrata de sujeito de direito construída pela modernidade como categoria unitária e generalista foi sendo gradativamente substituída pela tutela da pessoa compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade e diversidade. Na produção legislativa pós-constitucional, sujeitos específicos começaram a ser protegidos, dentre eles, o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso e a mulher. Trata-se da fragmentação do outrora monolítico sujeito de direito²². Imprescindível, portanto, o redesenho do regime de incapacidades, que, em vez de proteger a pessoa declarada incapaz, mutila sua autonomia e, por consequência, sua dignidade. Justifica-se aí a necessidade de uma autêntica personalização do regime de incapacidades, de maneira a

19 MENEZES, J. B. D. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, [S. l.], v. 23, n. 2, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 20 jun. 2024.

20 NEVARES, A. L. M.; SCHREIBER, A. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 09, n. 03, p. 1.545-1.558, 2016.

21 TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. Personalidade, capacidade e proteção da pessoa com deficiência na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, G.; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil**: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 17.

22 NEVARES, A. L. M.; SCHREIBER, A. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 09, n. 03, p. 1.545-1.558, 2016.

permitir a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude²³.

3. O REDESENHO DO REGIME DE INCAPACIDADES PROMOVIDO PELA CDPD E PELO EPD

A mudança do regime de incapacidades no ordenamento brasileiro começa com a internalização da CDPD, que tem caráter de emenda constitucional. Altera-se o paradigma do tratamento das deficiências e das pessoas com deficiência ao se adotar o modelo social, resultado de uma construção conjunta e participativa de movimentos sociais de pessoas com deficiência iniciado na década de 1970 no Reino Unido e nos EUA. Insiste-se, por oportuno, o propósito da Convenção, previsto em seu art. 1: “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Enfatiza-se aqui o objetivo da CDPD de assegurar o exercício de direitos de forma plena e equitativa a todas as pessoas com deficiência, pois, apenas no século XXI a deficiência deixou de ser tratada como objeto de intervenção exclusiva dos saberes biomédicos.

Desde o século XIX, o modelo biomédico influencia fortemente as práticas relacionadas à deficiência, as quais pretendem atuar para a cura ou a reabilitação com a finalidade de reverter ou atenuar a “anormalidade”, aproximando a pessoa com deficiência dos padrões de normalidade²⁴. O conhecimento científico e os padrões de normalidade compõem os fundamentos desse modelo e a noção do que se entende por deficiência: lesões e impedimentos físicos, sensoriais e intelectuais seriam anormalidades resultantes de disfunções em alguma parte do corpo²⁵.

No entanto, a partir do desenvolvimento dos estudos da deficiência, na década de 1970, passou-se a entender que não há como conceber a deficiência unicamente como um problema a ser solucionado pelos saberes biomédicos. A forma pela qual se compreende as deficiências atravessa as dinâmicas culturais produzindo trajetórias e modos de organização social dos espaços e das relações. Ela é também um produto do entrelace de diversas produções discursivas como linguagem, ideologia e imaginário social, a influenciar práticas e condutas diante dela²⁶. Do desenvolvimento dos estudos acadêmicos da deficiência, iniciado por pessoas com deficiência, ao qual se soma movimento político-social de garantia de direitos, nasce o modelo social da deficiência.

23 NEVARES, A. L. M.; SCHREIBER, A. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 09, n. 03, p. 1.545-1.558, 2016.

24 DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. R. D. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S. l.], v. 6, n. 11, p. 64-77, dez. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200004&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 5 jun. 2024.

25 GOMES, R. B. *et al.* Novos diálogos dos estudos feministas da deficiência. **Revista Estudos Feministas**, [S. l.], v. 27, n. 1, p. e48155, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026-2019000100202X&tlng=pt. Acesso em: 5 jun. 2024.

26 GOMES, R. B. *et al.* Novos diálogos dos estudos feministas da deficiência. **Revista Estudos Feministas**, [S. l.], v. 27, n. 1, p. e48155, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026-2019000100202X&tlng=pt. Acesso em: 5 jun. 2024.

Segundo o modelo proposto, o fato de um corpo ser lesado não determinaria nem explicaria o fenômeno social e político da subalternidade da pessoa com deficiência. Explicar a opressão sofrida pelas pessoas com deficiência com base nas perdas de habilidades provocadas pela lesão era confundir lesão com deficiência. A deficiência, no entanto, é um fenômeno sociológico; lesão seria uma expressão da biologia humana isenta de sentido. A partir daí, é necessário identificar as origens das desigualdades e das exclusões sofridas pelas pessoas com deficiência não em relação às restrições provocadas pela lesão, mas nas barreiras sociais que limitam a expressão de suas capacidades²⁷. Dessa premissa, conclui-se que, se a deficiência é um fenômeno sociológico e não natural, a solução não deveria ser centrada unicamente na terapêutica, mas também na política. A deficiência não pode ser entendida como um problema individual, uma tragédia pessoal, mas como consequência dos arranjos sociais pouco sensíveis à diversidade. Há uma guinada de perspectiva com transferência de responsabilidade à sociedade e forte crítica ao modelo biomédico que sobrepõe lesão e deficiência. A deficiência não é mais um problema a ser superado pelo indivíduo por meio de adaptação. Por lidar com um fenômeno sociológico, o modelo social sugere que os esforços deveriam se concentrar em modificar estruturas que provocavam ou reforçavam a deficiência e não apenas em curar, tratar ou eliminar as lesões ou as pessoas com deficiência²⁸. A CDPD foi construída a partir dessa concepção. Em seu art. 1º, seu texto define:

Pessoas com deficiência como aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, **em interação com diversas barreiras**²⁹, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (grifo nosso).

A CDPD também se orienta pelos princípios de que a dignidade da pessoa deficiente só estará assegurada quando preservadas sua autonomia individual, independência, plena participação e inclusão social, além da garantia de liberdade de fazer suas próprias escolhas, isto é, desenvolver seus próprios planos e projetos de vida, conforme previsto no art. 3º. A garantia de autonomia individual e liberdade de escolhas vêm asseguradas no art. 12, que prevê o reconhecimento igual perante a lei e que traz o fundamento da reforma promovida pelo EPD no tradicional sistema de incapacidades brasileiros. Assim prevê o art. 12.2: os “Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam

27 DINIZ, D. Modelo social da deficiência: a crítica feminista. *Série Anis*, [S. l.], v. 28, p. 1-8, 2003.

28 DINIZ, D. Modelo social da deficiência: a crítica feminista. *Série Anis*, [S. l.], v. 28, p. 1-8, 2003.

29 No art. 3º do EPD, que altera a legislação brasileira de acordo com a CDPD, há uma definição extensa de “barreiras”: “Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias”;

de **capacidade legal em igualdade de condições** com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (grifei). Na sequência, há o compromisso de os Estados-Partes adotarem as medidas apropriadas para possibilitar às pessoas com deficiência o exercício de sua capacidade legal.

O art. 12.2 ainda gera grande discussão sobre seu alcance. Nelson Rosenthal³⁰ e Joyceane Bezerra de Menezes³¹, por exemplo, entendem que a atribuição de capacidade legal em igualdade de condições a todas as pessoas desmonta o dicotômico regime tradicional brasileiro de incapacidades. Para Rosenthal, a capacidade deve ser concebida como um princípio e a natureza excepcional de suas limitações e de seu exercício pessoal resultam da dimensão por ela adquirida de um verdadeiro direito humano e não um simples “atributo da personalidade”, como se entende pela tradicional doutrina civilista. Assim, inadmissível a declaração de incapacidade absoluta, por motivos técnicos e éticos³². Menezes, por sua vez, afirma que a CDPD optou por adotar a compreensão de que a capacidade jurídica e os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia estão umbilicalmente correlacionados. Segundo a autora, a possibilidade de reconhecimento jurídico de incapacidade absoluta funciona como barreira impeditiva a pessoas com deficiência de acesso a direitos fundamentais. Há, no entanto, o compromisso dos Estados-Parte de eliminar barreiras que impeçam deficientes de exercerem seus direitos. Nesse sentido, sem a capacidade jurídica, muitos direitos fundamentais se esvaziam, notadamente aqueles cuja titularidade não se separa da capacidade de exercício³³.

Ainda hoje, não há consenso sobre essa concepção de capacidade legal, que promoveria uma espécie de fusão entre as capacidades de gozo e de fato, nem sobre eventual vedação pela CDPD de possibilidade de declaração de total incapacidade de fato. No Brasil, Mariana Alves Lara³⁴, Rainer Grigolo de Oliveira Alves e Marcia Santana Fernandes³⁵ entendem que, para a CDPD, a deficiência, por si, não pode ser admitida como critério apriorístico de redução da capacidade, por tratar-se de critério discriminatório. No entanto, em situações graves e excepcionais, como de pessoas em coma ou com graves deficiências

30 ROSENTHAL, N. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

31 MENEZES, J. B. D. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S. l.], v. 23, n. 2, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 20 jun. 2024.

32 ROSENTHAL, N. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

33 MENEZES, J. B. D. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S. l.], v. 23, n. 2, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 20 jun. 2024.

34 LARA, M. A. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 19, n. 01, jan. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/361>. Acesso em: 20 jun. 2024.

35 ALVES, R. G. D. O.; FERNANDES, M. S.; GOLDIM, J. R. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 215–242, 29 dez. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1128>. Acesso em: 26 fev. 2024.

mentais ou cognitivas que impeçam, mesmo com apoios, qualquer forma de manifestação da vontade, seria possível reconhecer a incapacidade absoluta, com nomeação de curador para sua representação em todos os atos. Essa medida teria um caráter protetivo, e não discriminatório.

O legislador brasileiro, ao promulgar o EPD, em 2015, a fim de concretizar os comandos da CDPD, seguiu a primeira linha de entendimento e optou por redesenhar o regime de incapacidades. Dessa forma, revogou do CC02 qualquer causa de incapacidade absoluta, salvo por critério etário³⁶. O EPD também excluiu do CC02 qualquer referência direta ou indireta a deficiências ao tratar da incapacidade relativa em seu art. 4º. Pelo critério etário, são relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos. E podem ser declarados relativamente incapazes os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os pródigos e “aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

O art. 6º do EPD, em consonância com a CDPD, afirma que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa e resguarda expressamente direitos existenciais, como o direito de se casar e os direitos reprodutivos³⁷. Já o art. 84 do EPD reafirma: “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Nota-se que a expressão usada é “capacidade legal”, distinta da expressão usada no sistema tradicional dicotômico que menciona capacidade civil, cindida em capacidade de direito ou gozo e capacidade de fato ou exercício. É também nos arts. 84 e 85 e seus parágrafos que se inicia o desenho do sistema de apoios à pessoa com deficiência no ordenamento brasileiro, o qual deve prevalecer em relação ao sistema protetivo assistencialista de substituição de vontade.

4. O SISTEMA DE APOIOS E A GUINADA NO PERFIL E NA FUNÇÃO DA CURATELA

O art. 84 do EPD abre o capítulo do reconhecimento igualitário das pessoas com deficiência perante a lei e seus parágrafos, e estabelece os institutos que hoje integram o sistema de apoio. O § 1º remete ao instituto da curatela. O § 2º cria o instrumento da tomada de decisão apoiada como faculdade a ser utilizada por iniciativa da pessoa deficiente³⁸. A tomada de decisão apoiada é uma inovação no ordenamento brasileiro e tem

36 BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) I – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) III – (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)”.

37 BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

38 BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º. Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º. É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada”.

como objetivo auxiliar a pessoa com deficiência sem qualquer mitigação ou redução de sua capacidade. Trata-se de instituto relevante para a estruturação do sistema de apoios (que podem ser formais ou informais), mas com reduzida implementação no Brasil. Conforme mencionado na Introdução deste artigo, apesar de sua relevância, não se pretende neste estudo apresentar uma análise detida deste instrumento.

Passa-se, portanto, à análise da curatela, instituto centenário, mas que teve seu perfil alterado com a CDPD, sobretudo após a promulgação do EPD. Para funcionar como instrumento de emancipação, promoção da autonomia e igualdade, a curatela deve ser lida conforme os ditames da CDPD relativos ao sistema de apoios e salvaguardas às pessoas com deficiência, previstos no art. 2.4. Dada a sua relevância para a análise do instituto no atual ordenamento brasileiro, transcreve-se abaixo:

12.4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

A mudança de paradigma está sintetizada no dispositivo transcrito. Os Estados-Parte se comprometem a assegurar as medidas relativas ao exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência, com salvaguardas que as protejam de influências indevidas e de abusos. Como consequência desse compromisso, os Estados-Parte devem promover as mudanças legislativas visando a garantir o exercício da capacidade de forma igualitária, assim como instituir o adequado sistema de apoios. Da leitura das disposições acima, vê-se que a CDPD foi vaga e ambígua ao dispor sobre as “medidas apropriadas” para prover o apoio necessário às pessoas com deficiência, o que leva a certa indeterminação e discricionariedade para que os Estados-Parte definam as medidas nos casos concretos. O próprio Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência entende que a CDPD não especifica a forma que o suporte deve assumir³⁹. Apesar da vagueza e da ambiguidade, a partir da CDPD, entende-se que o direito protetivo da pessoa deficiente superou o sistema de substituição da vontade pelo sistema de apoio, que favorece o exercício de sua capacidade jurídica com as modulações estritamente necessárias para o alcance da autonomia possível. Assim, a curatela apesar de criada para substituir a vontade e de ser modalidade de representação legal, em seu novo perfil, deve integrar o sistema de apoio ao lado dos demais instrumentos. Não há que se pensar em sistemas paralelos de representação e apoios, mas

39 ALMEIDA, V. Apoios prospectivos à pessoa com deficiência: em busca de novos instrumentos. In: TEPEDINO, G; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil**: estudos em homenagem à professora Heloísa Helena Barboza. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 47-72.

em sistema integrado⁴⁰. O modelo ou sistema de apoio “diverge da representação tradicional porque respeita a vontade decisória do apoiado na maior medida possível, favorecendo a que ele mesmo, sempre que possível, venha a decidir e se projetar com uma vida independente”⁴¹.

No Brasil, o EPD redesenhou, mas não implodiu, o regime de incapacidades, que remanesce nos arts. 3º e 4º do CC02. No entanto, com a CDPD, sua chave de leitura foi invertida, já que seu art. 12 traz como premissa a capacidade plena de todas as pessoas a partir de uma perspectiva substancial, emancipatória e transformadora, por meio de medidas efetivas e apropriada de apoios⁴². A curatela continua sendo o principal instrumento de apoio e está prevista nos arts. 84, §§ 1º, 3º, 4º⁴³ e 85 e seus §§, que remetem à sua regulamentação ao CC02 (arts. 1.767 a 1.783) e ao CPC/2015 (arts. 747 a 763). O § 3º a define como medida protetiva de natureza extraordinária, o que evidencia que seu uso deve ser subsidiário, em casos de deficiências graves, quando outras formas de apoio não forem suficientes para a tomada de decisão autônoma ou apoiada. Trata-se, portanto, de instrumento de exceção, compatível e adequado ao direito à capacidade plena de todas as pessoas.

Além de defini-la como medida extraordinária, o § 3º explicita a necessidade de proporcionalidade às necessidades e circunstâncias de cada caso, repetindo os termos da CDPD. Até o advento do EPD, a curatela era “um instituto talhado para os incapazes maiores e voltado à substituição da vontade e eclipse dos desejos e preferências”, sedimentando-se de forma generalizada no ordenamento de forma pouco atenta às particularidades das pessoas que a ela estavam submetidas⁴⁴. A curatela, após a promulgação da EPD, se torna “uma curatela para capazes e forçosamente conformada à situação particular da pessoa curatelada”⁴⁵. Retira-se assim seu caráter de generalidade e abstração oitocentista, que tomava como sujeito da curatela pessoa que se desvia do sujeito ideal racional. Há, portanto, de se considerar as nuances, os impedimentos e as habilidades concretas de cada pessoa no exercício de sua autodeterminação.

40 ALMEIDA, V. Apoios prospectivos à pessoa com deficiência: em busca de novos instrumentos. In: TEPEDINO, G; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil**: estudos em homenagem à professora Heloísa Helena Barboza. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 47-72.

41 MENEZES, J. B. D.; BROCHADO TEIXEIRA, A. C. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, [S. l.], v. 21, n. 2, p. 568-599, 22 set. 2016. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/5619>. Acesso em: 16 mar. 2024.

42 ALMEIDA, V. Apoios prospectivos à pessoa com deficiência: em busca de novos instrumentos. In: TEPEDINO, G; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil**: estudos em homenagem à professora Heloísa Helena Barboza. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 47-72.

43 BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano”.

44 ALMEIDA, V. Apoios prospectivos à pessoa com deficiência: em busca de novos instrumentos. In: TEPEDINO, G; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil**: estudos em homenagem à professora Heloísa Helena Barboza. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 47-72.

45 GODOY, C. L. B. **Regime Jurídico das Incapacidades**, Barueri, SP: Manole, 2025, p. 128.

Na mesma disposição, determina-se que a curatela durará o menor tempo possível, o que realça a excepcionalidade da medida⁴⁶. A fixação de curatela por menor tempo possível indica a necessidade de se fixar prazo, conforme se entende do art. 12.4 da CDPD, que estabelece uma revisão regular, para reavaliação das necessidades e revisão dos atos passíveis de assistência ou representação pelo curador. A revisão judicial recorrente também indica que o instrumento deve funcionar para encaminhar o curatelado para sua autodeterminação e autonomia possível, eliminando barreiras ao desenvolvimento de suas habilidades. O foco não deve ser nos seus impedimentos, mas em suas habilidades e potencialidades. A curatela por prazo indeterminado não gera a expectativa de desenvolvimento, mas a perpetuação de um estado de incapacidade, que tende a estagnar e marginalizar a pessoa, em contrariedade à função contemporânea do instituto. Nesse sentido, Vitor Almeida defende que, atualmente, a curatela deve assumir uma vocação emancipatória, voltada à promoção do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência. Fundamental, portanto, que as vontades e preferências do curatelado sejam respeitadas ao máximo, de modo que, com apoio e tratamento adequados, ele possa exercer seu poder de autodeterminação e construir sua própria trajetória de vida e biografia⁴⁷.

O perfil atual – norteado pelo respeito aos direitos, vontades e preferências da pessoa humana, restrição pelo menor período possível e necessidade de revisão regular – revela a elasticidade e a flexibilidade a serem assumidas pelo instituto para adequá-lo às características concretas de cada beneficiário e valorizar sua margem de autonomia decisória⁴⁸. Para tanto, a curatela necessita de um decreto judicial de incapacidade relativa associada a um projeto terapêutico individualizado, com abordagem da pessoa em sua singularidade. Rosenvald⁴⁹ assim conceitua o novo perfil do instituto:

um grande arco cuja oscilação possa variar entre medidas de pequena restrição à capacidade (com a preservação quase integral da autonomia e assistência do curador em situações devidamente delimitadas), ao extremo de uma drástica limitação da capacidade em casos graves, que recomendem uma curatela de ampla extensão, tendo basicamente o curador um acentuado poder de representação sobre os interesses da pessoa curatelada.

O art. 85⁵⁰ do EPD, por sua vez, determina que a curatela afetará somente atos de natureza patrimonial e negocial, a fim de preservar os direitos existenciais das pessoas

46 GODOY, C. L. B. **Regime Jurídico das Incapacidades**, Barueri, SP: Manole, 2025.

47 ALMEIDA, V. Apoios prospectivos à pessoa com deficiência: em busca de novos instrumentos. p. 63 *In*: TEPEDINO, G; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil**: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaítuba, SP: Foco, 2023. p. 47-72.

48 ROSENVALD, N. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. *In*: MENEZES, J. B. D (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

49 ROSENVALD, N. A curatela como terceira margem do rio. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 16, p. 105-123, 2018, p. 119.

50 BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa

com deficiência (art. 6º do mesmo diploma). O art. 85, § 1º, reforça a preservação dos direitos existenciais ao estabelecer que a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. No entanto, a afirmação da intangibilidade desses direitos deve ser entendida nos limites da razoabilidade. Em certas situações de saúde, o curador pode ser chamado a tomar decisões envolvendo direitos existenciais. Essas decisões, contudo, devem estar em harmonia com as vontades e as preferências do curatelado. Heloisa Helena Barboza e Vitor de Almeida ponderam que, embora o curador não detenha poderes sobre o corpo do curatelado, podem ser necessárias decisões de caráter existencial para proteger sua saúde. Excepcionalmente, interferências severas, como esterilização, poderão ser adotadas em harmonia com a vontade do curatelado, com autorização judicial, desde que não haja medida alternativa e seja imprescindível à preservação da saúde⁵¹. A curatela, portanto, deve ser compreendida na lógica de um processo, um conjunto de atos coordenados com a finalidade de restituir à pessoa o direito fundamental à capacidade civil. É premente a função de libertar a pessoa submetida ao *status* de incapaz. Dessa forma, o antigo curador de bens transforma-se em um cuidador de saúde em processo colaborativo de reconquista da autodeterminação possível⁵².

5. A CURATELA NO PROJETO DE LEI N. 04/2025

O PL 04/25 propõe novamente modificações no regime jurídico das incapacidades. O texto retoma a possibilidade de reconhecimento de incapacidade absoluta para adultos “que por nenhum meio possam expressar sua vontade, em caráter temporário ou permanente”, incluindo o inciso II ao art. 3º do CC02. O art. 4º, que prevê o rol dos relativamente incapazes, ganha o inciso II, que adota critério de redução de discernimento, não relacionado a deficiências, para diminuir a capacidade de adultos: serão relativamente incapazes “aqueles cuja autonomia estiver prejudicada por redução de discernimento, que não constitua deficiência, enquanto perdurar esse estado”.

O art. 4º⁵³, parágrafo único, por sua vez, em consonância com a CDPD e EPD, afirma a plena capacidade da pessoa com deficiência em igualdade com os demais, ressaltando-se que devem ser observados os apoios e as salvaguardas ao exercício da capacidade, quando necessário. O mesmo parágrafo remete à regulamentação da curatela e da tomada de decisão apoiada aos arts. 1.767 a 1.783 do Código, que também têm nova

em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado”.

51 BARBOZA, H. H.; ALMEIDA, V. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 315-342.

52 ROSENVALD, N. A curatela como terceira margem do rio. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 16, p. 105–123, 2018.

53 BRASIL. Código Civil (2002). “Art. 4º, parágrafo único. As pessoas com deficiência mental ou intelectual, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, observando-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o pleno exercício dessa capacidade, o disposto nos arts. 1.767 a 1.783 deste Código”.

proposta de redação. Ainda, foi incluído o art. 4º-A, que reafirma: “a deficiência física ou psíquica da pessoa, por si só, não afeta sua capacidade civil”.

Não se pretende aqui discutir o acerto ou o desacerto da ampliação do rol dos absolutamente incapazes, que retoma a possibilidade de incapacidade absoluta para adultos e nem a adoção do critério do discernimento para caracterizar incapacidade relativa. Essa é uma discussão complexa, que exige minuciosa análise teórica e foge ao escopo deste estudo, cujo foco é o perfil e a função da curatela no ordenamento atual e suas possíveis alterações em caso de aprovação do PL 04/25. Observa-se, no entanto, que o projeto reafirmou o caráter discriminatório de redução de capacidade por razões de deficiência, ao incluir o art. 4º-A. O parágrafo único, por sua vez, remete ao sistema de apoios, cuja regulamentação torna-se mais detalhada, com novas disposições sobre a tomada de decisão apoiada e a positivação do instituto da diretiva antecipada de curatela. Reitera-se, no entanto, que apesar da importância dos demais instrumentos do sistema de apoios previstos no projeto, serão detalhadas as normas que atingem a curatela, com o objetivo de avaliar se avança na implementação da CDPD, que têm *status* constitucional, e sua harmonia com o EPD.

A curatela foi regulamentada nos arts. 1.767 a 1.777 e arts. 1.781 a 1.781-D. Algumas alterações concretizam parte dos objetivos da CDPD. Apesar disso, é curioso o uso da expressão “interdito” no lugar de “curatelado”, dada a carga negativa do instituto da interdição, incompatível com o fundamento axiológico da CDPD. Inicialmente, destaca-se que no art. 1.775, que estabelece a ordem prioritária de nomeação de curador, propõe-se a inserção do § 4º, que autoriza o juiz a afastar a ordem legal prevista para “nomear como curador pessoa com quem o curatelado mantenha maior vínculo de convivência e afetividade, ainda que não seja parente.” A proposta atende aos princípios da CDPD ao prestigiar os vínculos e as vontades da pessoa com deficiência, que não será obrigada a ser representada ou assistida por pessoa com quem não mantém afetividade pelo simples vínculo do parentesco. A alteração atenderia ainda mais os ditames da CDPD se determinasse a obrigatoriedade da oitiva do curatelado sobre suas preferências para nomeação de curador, salvo em caso de impossibilidade de manifestação. Assim, a preferência do curatelado só poderia ser afastada sob justificativa, ao se demonstrar inadequação ou prejuízo.

Ao tratar do exercício da curatela, inseriu-se o art. 1.781-A, que, também em consonância com a CDPD, determina: a “curatela constitui medida extraordinária, devendo ser preservados os interesses e a vontade da pessoa curatelada, sempre que possível”. São princípios que já vigiam no ordenamento brasileiro desde a promulgação do EPD, mas que não figuravam expressamente na regulamentação da curatela no CC02. Dado o uso quase indiscriminado da curatela atualmente, a medida é salutar ao alertar para seu caráter excepcional e subsidiário, a ser utilizada quando insuficientes outros instrumentos de apoio.

O art. 1.781-C sedimenta a compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a intangibilidade dos direitos existenciais. O *caput* confirma que a curatela deve atingir, em regra, os atos de natureza negocial e patrimonial. Ressalva-se, ainda, no § 1º, que a curatela

não atinge o exercício do direito ao próprio corpo, dos direitos sexuais e reprodutivos, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho, ao voto e à obtenção de documentos, em sintonia com o EPD. Mas o § 2º esclarece que a intangibilidade dos direitos existenciais não é absoluta e confere poderes para o curador deliberar, excepcionalmente, sobre direitos existenciais do curatelado, quando houver fundado risco de danos à vida e à saúde do próprio curatelado ou de terceiros. Esse dispositivo se aproxima de posição doutrinária e jurisprudencial, que, atualmente, *contra legem*, mitiga a capacidade do relativamente incapaz em determinadas situações e autoriza a prática de atos existenciais, para não desproteger a pessoa com deficiência.

Segundo Vítor de Almeida⁵⁴, na vigência do atual ordenamento,

com fundamento nos princípios constitucionais e para atender os interesses da pessoa curatelada, especialmente para fins de sua proteção, a curatela poderá – em caráter excepcional – afetar situações de natureza existencial da pessoa com deficiência curatelada. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado no 637 do Centro da Justiça Federal, com o seguinte conteúdo: Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade. Assim, o eventual recurso ao Judiciário é admissível em nome da proteção da pessoa com deficiência

O art. 1.781-D também objetiva esclarecer controvérsia sobre a intervenção do curador na celebração do casamento. A proposta prevê que “a intervenção do curador não pode ser exigida para o casamento nem para a união estável, salvo para a escolha de regime de bens diverso do legal”. Observa-se, portanto, por essa disposição que a pessoa relativamente incapaz, mesmo com grave deficiência cognitiva, não poderá sofrer nenhum tipo de intervenção do curador ao se casar. A proposta é harmônica com a posição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, que sugere um novo regime jurídico das incapacidades, e que entende não ser exigível autorização do curador para a celebração do casamento por tratar-se de ato personalíssimo. O curador poderá intervir para apoiar ou auxiliar a expressão do curatelado. A manifestação, no entanto, deve se dar de modo direto e adequado. Ressalta o autor que o eventual uso de apoios ao curatelado para o casamento não significa aceitar habilitação ou celebração do ato daquele que não consegue manifestar qualquer vontade. Inviável, portanto, o suprimento da vontade do curatelado pelo curador, entretanto, este último poderá intervir caso a intenção seja celebrar pacto antenupcial, por se tratar de ato de natureza patrimonial⁵⁵.

Por um lado, prestigia-se a autonomia e o projeto de vida da pessoa com deficiência, que tem garantida sua liberdade de constituição de família da forma que melhor lhe aprouver, conforme os objetivos da CDPD. Por outro, é possível que o regime legal de bens não seja o mais apropriado para pessoa que tem restrições no trato patrimonial, o que

54 ALMEIDA, V. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2021.

55 GODOY, C. L. B. **Regime Jurídico das Incapacidades**. Barueri, SP: Manole, 2025.

pode gerar desproteção. Seria, portanto, mais segura a exigência, em qualquer hipótese, da manifestação do curador sobre o regime de bens do matrimônio, dado o grande impacto patrimonial do casamento na vida do casal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento atual, em teoria, a curatela já tem perfil emancipatório adequado ao espírito constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana conforme determina a CDPD. Apesar das dúvidas envolvendo a natureza do instituto, por ter sido criada há mais de um século para substituir vontade de pessoa alijada da sociedade, hoje pode-se dizer que a curatela deve ser compreendida como integrante do sistema de apoio e salvaguarda das pessoas com deficiência, a fim de garantir-lhes o exercício pleno da capacidade e a autonomia possível, em condições de igualdade com todas as pessoas.

A CDPD deixou um amplo espaço para os Estados-Parte definirem os apoios e as salvaguardas que irão assegurar os direitos das pessoas com deficiência. No Brasil, o EPD começou a irradiar na legislação infraconstitucional os ditames da CDPD, mas deixou lacunas que geraram controvérsias e problemas práticos. Assim, até hoje, a construção do sistema de apoios ocorre paulatinamente, por contribuição da doutrina e da jurisprudência.

O PL 04/25 volta a promover alterações no regime jurídico de incapacidades, que são objetos de crítica⁵⁶. Por outro lado, propõe aperfeiçoamentos ao sistema de apoios. Em relação à curatela, há tentativa de harmonizar em alguns pontos o CC02 à CDPD e ao EPD. Boa a iniciativa de ressaltar o caráter extraordinário da medida, a fim de reduzir seu uso generalizado e estimular a utilização de outras medidas de apoio. Pretende-se, ainda, propor solução para parte das divergências doutrinárias criadas em razão de lacunas na legislação atual, por exemplo, a intangibilidade dos direitos existenciais.

As propostas, no entanto, ainda são tímidas. Perde-se a oportunidade de refinar o instituto para que ele possa cumprir sua atual função emancipatória, integrando com mais efetividade o sistema de apoios. Falta, por exemplo, a previsão de que a curatela ocorra por prazo definido, com obrigatoriedade de revisão judicial para sua continuidade. A falta de prazo, como alerta Rosendal, subverte a dinâmica que deve reger a curatela, institucionalizando a incapacidade indefinidamente, sem horizonte de emancipação. Caberia também a inclusão de dispositivo legal para explicitar a possibilidade de o curador atuar prioritariamente como assistente do curatelado, sem excluir a possibilidade de sua atuação residual como representante, já que não é possível prescindir por completo de um sistema de substituição de vontade. Poder-se-ia ainda prever expressamente um sistema misto de assistência e representação, a depender da natureza do ato e da necessidade da pessoa submetida a curatela, de acordo com um plano terapêutico a ser elaborado por equipe multiprofissional. Aliás, sequer há menção de plano terapêutico no projeto de lei.

56 Joyceane Bezerra de Menezes já se levantou contra a alteração no sistema de incapacidades e faz fortes críticas também ao sistema de apoio e salvaguarda previstos no anteprojeto no artigo O anteprojeto do Código Civil e a pessoa com deficiência sob curatela como absolutamente incapaz. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/406865/anteprojeto-do-cc-e-a-pessoa-com-deficiencia-como-incapaz> <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/406865/anteprojeto-do-cc-e-a-pessoa-com-deficiencia-como-incapaz>. Acesso em: 21 jun. 2024.

Disso, conclui-se que há melhorias na proposta da nova curatela, mas os avanços poderiam ser maiores para o instituto funcionar efetivamente como instrumento de inclusão, emancipação e autonomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, V. A. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- ALMEIDA, V. Apoios prospectivos à pessoa com deficiência: em busca de novos instrumentos. In: TE-PEDINO, G.; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil**: estudos em homenagem à professora Heloísa Helena Barboza. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 47-72.
- ALVES, R. G. D. O.; FERNANDES, M. S.; GOLDIM, J. R. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 3, p. 215-242, 29 dez. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1128>. Acesso em: 26 fev. 2024.
- BARBOSA-FOHRMANN, A. P.; KIEFER, S. F. W. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 133-156.
- BARBOZA, H. H.; ALMEIDA, V. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, J. B. D. (org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 315-342.
- BRASIL. **Código Civil de 1916**. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.
- BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.
- BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 4, de 31 de janeiro de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 10 jun. 2025.
- DINIZ, D. Modelo social da deficiência: a crítica feminista. **Série Anis**, v. 28, p. 1-8, 2003. Disponível em: <https://anis.org.br/publicacoes/modelo-social-da-deficiencia-a-critica-feminista-2003/>. Acesso em: 10 jun. 2025.
- DINIZ, D. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. R. D. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 11, p. 64-77, dez. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200004. Acesso em: 5 jun. 2024.

GODOY, C. L. B. **Regime jurídico das incapacidades**. Barueri, SP: Manole, 2025.

GOMES, R. B. *et al.* Novos diálogos dos estudos feministas da deficiência. **Revista Estudos Feministas**, v. 27, n. 1, p. e48155, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000100202. Acesso em: 5 jun. 2024.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro I – Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LARA, M. A. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 19, n. 1, jan. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/361>. Acesso em: 20 jun. 2024.

LOPES, A. B. L. P.; MENDES, V. C. A plena capacidade civil da pessoa maior com deficiência intelectual ou psíquica e a funcionalização do sistema de apoio por meio da curatela. *In*: MENEZES, J. B. D.; BROCHADO TEIXEIRA, A. C. (org.). **Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 45-64.

MENEZES, J. B. D. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 2, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 20 jun. 2024.

MENEZES, J. B. D.; BROCHADO TEIXEIRA, A. C. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 2, p. 568-599, 22 set. 2016. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/5619>. Acesso em: 16 mar. 2024.

NEVARES, A. L. M.; SCHREIBER, A. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, v. 9, n. 3, p. 1545–1558, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/24705>. Acesso em: 10 jun. 2025.

RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

ROSENVALD, N. A curatela como terceira margem do rio. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 16, p. 105-123, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/23>. Acesso em: 10 jun. 2025.

ROSENVALD, N. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. *In*: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

SIQUEIRA, N. S. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. *In*: MENEZES, J. B. D. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 113-132.

TARTUCE, F.; TASSINARI, S. Autonomia e gradação da curatela à luz das funções psíquicas. *In*: EHRHARDT JR., M.; LOBO, F. (org.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2017.

TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. Personalidade, capacidade e proteção da pessoa com deficiência na legalidade constitucional. *In*: TEPEDINO, G.; ALMEIDA, V. (org.). **Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à professora Heloísa Helena Barboza**. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 3-17.

MÍDIA, IDEOLOGIA E DIREITO PENAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

MEDIA, IDEOLOGY AND CRIMINAL LAW IN BRAZIL:
AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF CRITICAL
CRIMINOLOGY

João Victor Lopes de Oliveira¹
Luiz Eduardo de Sousa Ferreira²

RESUMO: A midiaticização do direito penal constitui-se como um fenômeno em que os meios de comunicação de massa abordam a criminalidade, pautando-se em um discurso punitivista enquanto transformam o sistema penal em espetáculo. O marxismo atribui ao direito um papel fundamental no funcionamento das engrenagens do sistema capitalista, e por isso se impõe como possível mecanismo de reflexão quanto aos meandros da persecução penal. Por isso, o objetivo geral do trabalho é investigar a relação entre o populismo penal midiático e o conceito de ideologia proposto por Karl Marx. Nesse sentido, busca-se proceder um diálogo interdisciplinar no sentido de entender um fenômeno que acontece fora do direito (a mídia), mas que reflete em sua constituição e funcionamento na sociedade. Parte-se de uma metodologia de tipo qualitativo, de abordagem exploratória e descritiva, com método de abordagem indutivo e com a criminologia crítica como referencial teórico. Concluiu-se que sob esta ótica, a espetacularização do direito penal exerce uma função puramente ideológica no contexto do sistema capitalista, gerando efeitos latentes no tecido social, como a manutenção de desigualdades e a estigmatização de determinados grupos sociais vulnerabilizados.

Palavras-chave: Midiaticização; Direito Penal; Criminologia Crítica; Ideologia.

ABSTRACT: The mediatization of criminal law constitutes a phenomenon in which mass media addresses criminality, adopting a punitive discourse while turning the criminal justice system into a spectacle. Marxism assigns a fundamental role to law in the functioning of the gears of the capitalist system, thus presenting it as a potential mechanism for reflecting on the intricacies of criminal prosecution. For this reason, the general objective of the study is to investigate the relationship between media-driven penal populism and Karl Marx's concept of ideology. In this sense, the study seeks to establish an interdisciplinary dialogue to understand a phenomenon that occurs outside the law (the media) but reflects on its constitution and functioning in society. The study employs a qualitative methodology, with an exploratory and descriptive approach, using an inductive method and critical criminology as its theoretical framework. It concludes that, from this perspective, the spectacularization of criminal law serves a purely ideological function in the context of the capitalist system, producing latent effects on the social fabric, such as the perpetuation of inequalities and the stigmatization of certain vulnerable social groups.

Keywords: Mediatization; Criminal Law; Critical Criminology; Ideology.

1 Advogado e Analista Técnico da SESAB. Pós-graduado em Advocacia Trabalhista e Previdenciária pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Luiz Eduardo de Sousa Ferreira. E-mail para contato: jvictorlopes6@gmail.com.

2 Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Salvador. Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas pela Universidade Salvador. Pós-graduado em Filosofia e Teoria Geral do Estado pela Universidade Alves de Farias. Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direitos Humanos pela Faculdade i9 Educação. E-mail para contato: leduardosf13@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O questionamento do direito penal moderno como ideologia emerge a partir de algumas contradições aclaradas ao ser confrontado em seu discurso e alguns pilares que o sustentam. É com o surgimento do pensamento filosófico de Karl Marx, e posteriormente com o refino da criminologia crítica que o direito penal passa a ter questionado seus fundamentos e resultados na sociedade, a partir de uma virada notadamente metodológica. Ou seja, a partir da estrutura crítica disponibilizada pelo marxismo, o direito como um todo pode ser entendido não somente como uma ciência retributiva isolada das influências pessoais e sociais de seus agentes, como pensava Kelsen³, mas sim como um mecanismo social inserido nas nuances das relações que o engendram.

Nesse sentido, a sociedade capitalista é dividida entre classe burguesa e classe proletária, com os meios de produção intelectual sendo dominados pela classe burguesa. O marxismo pensa a ideologia como um conjunto de proposições elaboradas para difundir na classe trabalhadora os interesses da classe dominante. Assim, os meios de comunicação de massa são meios de produção intelectual e, logo, pertencem à classe dominante. Assim, o conjunto ideológico o qual ela propaga é, necessariamente, oriundo da classe dominante.

Por meio dos programas e jornais televisivos voltados para a cobertura da criminalidade, o sistema penal passa a ser legitimado perante a opinião pública. Assim sendo, a presente pesquisa busca se utilizar da conceituação de ideologia proposta por Karl Marx para compreender o fenômeno da midiaticização do direito penal dentro das ideias marxistas. De que forma, então, o conceito de ideologia da tradição marxista explica o fenômeno da midiaticização do direito penal?

A metodologia utilizada foi de tipo qualitativo, de abordagem exploratória e descritiva e com método de abordagem indutivo, com a criminologia crítica como referencial teórico. O tipo qualitativo emerge diante da análise do aspecto filosófico e social do fenômeno estudado. A abordagem exploratória e descritiva se justifica devido ao manejo de pesquisa bibliográfica e documental.

O método de abordagem indutivo se impõe a partir do movimento de observação dos fenômenos da midiaticização do direito penal e da ideologia para Marx, a descoberta da relação entre eles à luz da criminologia crítica, e a generalização desta relação para entender os efeitos advindos⁴. O objetivo geral do trabalho é investigar a relação entre o populismo penal midiático e o conceito de ideologia proposto por Karl Marx. Como primeiro objetivo específico, busca-se pontuar o conceito de ideologia segundo o materialismo dialético. Como segundo objetivo específico, pretende-se analisar as ideias propagadas pelos meios de comunicação de massa sobre o sistema penal à luz da criminologia crítica.

De forma precípua, a pesquisa pontua a divisão de classes proposto pelo marxismo para, em seguida, tratar da conceituação de ideologia por Karl Marx e Friedrich

3 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad: João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.33.

4 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.86.

Engels. Como complemento, o artigo traz reformulações e diferenças ao significado de ideologia apresentado.

Ainda, busca-se diferenciar a escola criminológica positivista da criminologia crítica, passando a ideia de criminoso e a seletividade do sistema penal, sendo mais contundente na análise da pena dentro das economias capitalistas.

Por fim, o artigo mostra a influência da mídia no cenário brasileiro, dando maior ênfase aos meios de comunicação de massa que tratam da criminalidade, exemplificando dentro de um viés prático jurídico, relacionando a midiaticização do direito penal com o conceito de ideologia do materialismo dialético.

2. A TRADIÇÃO MARXISTA E O CONCEITO DE IDEOLOGIA

Durante a década de 1840, Karl Marx e Friedrich Engels, em seu manuscrito *A Ideologia Alemã* expõem uma nova ótica acerca da economia e da sociedade capitalista. Para eles, os trabalhadores constituíam uma nova força política definida pelo conflito contra uma classe opositora, sendo ela a classe burguesa. Dessa forma, o que constituía uma classe era a oposição aos interesses de outra classe, através da divisão social do trabalho.

Extraí-se então, que o que define a classe trabalhadora é a sua oposição a classe burguesa e a defesa dos seus interesses, que são antagônicos. Em sua análise, Marx ainda define que durante toda a história, as bases econômicas eram estruturadas pelo embate entre grupos oprimidos e opressores, movendo a sociedade e levando a transição de modelos econômicos. No capitalismo a luta se dá entre a burguesia e o proletariado, sendo grupos sociais formados por pessoas que compartilham posições semelhantes, dado os seus interesses materiais.

O materialismo dialético de Karl Marx e Friedrich Engels⁵ define que, através da atividade e do comércio material, o homem produz a sua intelectualidade, sendo diretamente influenciada por estas. Assim, os produtos dos seus pensamentos são originados da sua própria realidade.

Ao se analisar os indivíduos agrupando-os em suas classes sociais, devemos considerar que a realidade da classe burguesa e da classe operária são distintas entre si, não só pela divisão social do trabalho gerada, mas também pelo acúmulo de capital pela primeira, ao passo que a segunda é privada deste acúmulo. Temos então que o resultado das suas concepções enquanto classes também são ocasionados pela sua vivência.

Fazendo uma análise histórica, Marx e Engels⁶ afirmam que, o pensamento da classe dominante constitui o pensamento dominante de suas referidas épocas. Dessa maneira, não só a classe dominante possuiria o poder material de sua época, como também seriam os detentores dos meios de produção intelectual. Sendo estes os únicos detentores destes meios, ficam a classe dominada privadas de terem sua própria produção intelectual, ficando, portanto, submetidos a intelectualidade dominante.

5 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.18.

6 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48

Tendo em vista que a origem dos pensamentos de uma classe é a sua vivência material, as concepções aos quais estariam submetidas a classe dominada seriam a própria ideia de dominação. Ademais, ao mesmo tempo em que as ideias são a expressão das relações de dominação, também mascaram o controle ao qual estão subjugados pois, para que as ideias da classe soberana sejam vistas como o pensamento imperante de sua época, é preciso que essas ideias sejam desvinculadas dos indivíduos da qual elas partem.

Dentro desse contexto, nasce o conceito de ideologia. Para Marx, este é o sistema de ideias que legitimam o poder da classe dominante. Nas palavras de Araújo⁷, “a ideologia, para Marx, constituirá algo falso, uma mentira que é reproduzida e está no cerne da sociedade civil burguesa e em todas as suas instituições, sendo o direito, obviamente, uma delas.”

Este panorama encontra-se refletido no próprio Estado que, segundo o entendimento de Marx⁸, é o modo como a classe dominante faz valer suas vontades dentro de cada época da humanidade, variando dentre as civilizações, mas sem perder a característica de ser a síntese daquela sociedade civil. Extrai-se então que o Estado, dentro do capitalismo, é a forma que os economicamente privilegiados validam e protegem o lucro, a propriedade privada e a exploração da classe trabalhadora.

Nesse sentido, Pachukanis⁹ parte da concepção de que é possível partir de conceitos jurídicos gerais como reflexo de uma realidade social objetiva, mesmo que seja parte de sistemas e processos ideológicos. Ou seja, mesmo que determinado conceito jurídico possa ser de caráter ideológico, não está impedido de se relacionar com a realidade social. Não é a intelectualidade do homem que irá influenciar as suas relações materiais, mas sim a última que irá gerar as concepções do indivíduo.

Ideologia não se manifesta somente no conjunto de ideias oriundos da classe burguesa, mas é utilizada para mascarar a dominação, ocultando as contradições do modelo econômico capitalista e a realidade material da classe proletária. O conceito definido por Marx e Engels camuflaria também, a própria participação da classe dominante dentro da construção da ideologia.

Marx além de tecer críticas ao Estado burguês reflete também que dentro dessa configuração, o direito é uma instituição que, validada pelo Estado, serve também aos interesses da classe burguesa. Assim, o direito serviria para a proteção da propriedade privada, sendo ilusória a sua legitimidade para fins de justiça.

Assim, com fortes influências desta concepção de ideologia, a criminologia crítica vem desenvolver suas acepções acerca da criminalidade e da ideologia penal, aprofundando os pensamentos do marxismo.

7 ARAÚJO, Thiago Celli Moreira de. **O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica**: Por uma criminologia do século XXI. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, ed. 67, p. 356-375, 2015, p. 363

8 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 74.

9 PACHUKANIS, Evguêni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p.88.

2.1 COMPLEMENTOS AO CONCEITO DE IDEOLOGIA DE KARL MARX

Com uma visão mais neutra da palavra ideologia, Antônio Gramsci¹⁰ tem como acepção de que se trata de um conjunto de ideias, crenças e valores de uma determinada sociedade. Nesse sentido, a ideologia seria a base para as relações sociais, legitimando o poder político e da organização econômica sendo, inclusive, a ciência uma superestrutura da ideologia.

Inferre-se, portanto, que a concepção de Gramsci embora se contraponha a acepção de Marx sobre ideologia, não se posiciona em campo antagônico. Embora tenha uma compreensão mais positiva em relação a compreensão marxista, no fato de ser um conjunto de ideias de uma determinada sociedade, inclusive por ser um legitimante do poder político vigente, caberia dentro deste conceito uma ideologia especificamente capitalista advinda da classe dominante, legitimando o sistema de democracia liberal e o capitalismo.

A teoria de Althusser¹¹ reflete um contraponto enfrentado por Pachukanis¹² acerca do tema, no que se refere ao aspecto “imaginário” das categorias do Estado. Nessa senda, a ideologia corresponderia: “a relação imaginária dos indivíduos com as suas condições reais de existência.”

O filósofo francês cita em sua obra os aparelhos repressivos de Estado e os aparelhos ideológicos de Estado. Enquanto os primeiros funcionam através da repressão, utilizando da coersão física, psicológica ou moral, o segundo funciona através da ideologia, como a família, a escola, a igreja e a mídia. Dessa forma, a uma relação intrínseca entre a definição de ideologia por Althusser e os aparelhos ideológicos de Estado.

A definição de Zizek¹³ para o termo é a de: “doutrina, conjunto de ideias, crenças, conceitos e assim por diante, destinada a nos convencer de sua ‘veracidade’, mas, na verdade, servindo a algum inconfesso interesse particular de poder.” O entendimento do filósofo esloveno ainda comporta a presença de Aparelhos Ideológicos de Estado, sendo estes utilizados como instrumentos para disseminação ideológica.

Esta definição bebe diretamente da teoria marxista, desenvolvendo uma acepção materialista do termo, não se considerando uma crítica a definição marxista, mas um aprofundamento desta. Slavoj Zizek¹⁴ ainda afirma que a ideologia liberal do sistema capitalista adultera os reais problemas da sociedade para que a estes sejam dadas soluções falsas.

Nota-se que, das críticas e aprofundamentos da tradição marxista acerca do vocábulo ressaltam a acepção de um Estado burguês e privilegiador da classe dominante. Dos autores citados, a teoria de Althusser é a que mais consegue englobar o sistema penal e a sua ideologia, que funciona ao mesmo tempo como aparelho repressivo, em maior grau, e

10 GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 175.

11 ALTHUSSER, L. P. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Rio de Janeiro: Graal, 2010, p.69.

12 PACHUKANIS, Evguéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p.88.

13 ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p.15.

14 ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p.314

aparelho ideológico do Estado, sustentando a dominação da classe trabalhadora pela classe burguesa, que é destrinchada através da escola crítica da criminologia.

3. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O DIREITO PENAL ENQUANTO CONTROLADOR DAS MASSAS

A criminologia nasce no final do século XIX, dotada de uma metodologia positivista, através da observação e medição dos criminosos dentro da prisão. Shecaira¹⁵ define a criminologia como um estudo que visa lançar luz sobre as transgressões penais; sobre os métodos utilizados pela sociedade para lidar com essas transgressões; a forma como as vítimas dessas transgressões são tratadas dentro da sociedade e, também o papel do autor dessas transgressões. A corrente filosófica positivista vem, então, da pretensão de se conciliar as ciências sociais com as forças produtivas do capitalismo, pautada, dentre outras coisas, na neutralidade do pesquisador. Busca-se enxergar a figura do crime e a visão criminológica da sociedade, através desse contexto, com a escola criminológica positivista.

Segundo Ribeiro¹⁶, a criminologia positivista não poderia tecer críticas acerca da lei penal. Esta, somente deveria se ater a estudar o comportamento desviante. Assim, o sistema penal deveria ser mantido em razão da ordenação da sociedade e de seus valores notáveis. O positivismo, como um todo, pretendia conservar a ordem que ali se estabelecia, servindo de base para o pensamento criminológico, sem grandes questionamentos a ideologia penal.

Durante a década de 70, começa a se desenvolver o pensamento da criminologia crítica. Ribeiro¹⁷ traz que esta corrente criminológica é composta por escolas de diferentes pensamentos, contudo consegue-se enxergar uma orientação que as unifica, sendo o materialismo-dialético como metodologia, compreendendo a reação social ao delito e o engajamento com a mudança das desigualdades sociais-econômicas.

A criminologia crítica rompe com pensamento criminológico positivista, que visava separar o indivíduo da sociedade ao estudar o comportamento delituoso. Nesse sentido, Ribeiro¹⁸ reflete acerca da visão da criminologia crítica sobre o crime e a ordem penal: “[...] são as relações materiais de produção que influenciaram a criação de um tipo penal que selecionasse um determinado tipo de indivíduo pertencente a uma classe hegemonicamente inferior a outra dotada de privilégios.”

15 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p.35

16 RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminalidade crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem”**. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, 2010, p.956

17 RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminalidade crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem”**. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 951-979, 2010, p.965

18 RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminalidade crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem”**. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 951-979, 2010, p.965

O pilar metodológico que sustenta a criminologia crítica pode ser percebido no enfrentamento metodológico que Pachukanis promove em relação ao modelo neokantiano-positivista de Kelsen:

O Estado não é apenas uma forma ideológica, ele é, ao mesmo tempo, uma forma de ser social. O caráter ideológico de um conceito não elimina aquelas relações reais e materiais que este exprime. Podemos entender o último neokantiano Kelsen, que sustenta a objetividade normativa, ou seja, puramente ideal, do Estado, descartando não apenas os elementos substanciais materiais, mas, ainda, a psique humana real. Mas nós nos recusamos a conceber uma teoria marxista, ou seja, materialista, que opere exclusivamente com experiências subjetivas.¹⁹

O conceito de classe privilegiada em detrimento de outra nos remonta novamente aos conceitos da tradição marxista, conforme já refletido aqui, no quesito da luta de classes. Sendo o Estado, dentro do capitalismo, um instrumento utilizado para gerir os melhores interesses da classe burguesa e, sendo o Direito produto deste Estado, o Direito Penal acaba por ser uma ferramenta de controle social da classe proletária.

Olhando através da criminologia positivista, encontraria limitações para compreender o crime de fuga cometido pelos escravos durante os séculos XV e XIX em suas nuances. É, somente utilizando da criminologia crítica, buscando a análise da relação material entre as classes antagônicas, que nesse caso seriam o escravo e o seu senhor, que se pode entender o que leva a criminalização deste ato²⁰. Alessandro Baratta, um dos precursores da corrente crítica da criminologia faz uma considerável colocação acerca da importância da análise do direito penal através desta corrente para que se possa pensar em novas estratégias que não somente visem o interesse da classe hegemônica:

[...] as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os *comportamentos socialmente negativos*, isto é, na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista, às quais a própria sociologia liberal não raramente tem reportado os fenômenos da “criminalidade”. Elas estão interessadas, ao mesmo tempo, em um decidido deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia etc.), mas socialmente muito mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido.²¹

Contudo, mesmo com os importantes avanços e questionamentos trazidos pela criminologia crítica, a justiça criminal ainda carece de avanços nesse sentido, resguardando influências da corrente positivista em seu todo. É dentro desse contexto que se faz necessário entender o conceito de criminoso

19 PACHUKANIS, Evguéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p.89

20 RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminalidade crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem”**. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 951-979, 2010, p. 967

21 BARATTA, Alessandro: **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 198

para o sistema penal brasileiro e a forma como a justiça e a sociedade selecionam quais condutas serão perseguidas enquanto outras serão ignoradas.

3.1 O CRIMINOSO E A SELETIVIDADE DO SISTEMA

Como tratado anteriormente, um dos objetos de estudo da criminologia é a figura dos autores das transgressões penais. É de bom alvitre mencionar que as correntes criminológicas possuem concepções diferentes acerca do criminoso. A escola positivista, base do direito penal brasileiro, constrói historicamente a figura do criminoso como ponto central, partindo de uma perspectiva individualista para as razões do crime.²²

No entanto, nos anos 1960, com a introdução das teorias do *labelling approach*, teoria transitória entre a escola positivista e a criminologia crítica, que se passa a revisar os estudos anteriores. Andrade, ao discorrer sobre o *labelling approach* afirma que:

[...] o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.²³

Finalmente, utilizando da base epistemológica das teorias do *labelling approach*, que Alessandro Baratta concebe a corrente da criminologia crítica. Para ele, desde a concepção da lei, até a punição do crime, elementos como a desigualdade social servem às ferramentas do Direito Penal como forma de controle das classes mais oprimidas.

As instâncias formais do direito utilizam da concepção de bens que devem ser protegidos de forma universal, tutelados pelo Direito Penal. Assim, aqueles que violarem esses bens serão perseguidos e punidos pela justiça criminal. Após a criminalização primária, quando os legisladores selecionam quais as condutas que o Direito Penal irá punir, surge a chamada criminalização secundária. Esta se trata da persecução penal executada pelo Estado em todas as suas fases, desde a investigação, passando pelo processamento e finalmente a condenação do indivíduo²⁴.

O sistema penal, para combater a criminalidade, anteriormente definida através das condutas criminalizadas pelo Estado, seleciona de forma quais os indivíduos que serão punidos. A punição desigual das classes menos favorecidas em relação à classe burguesa se faz perfeitamente observável na situação carcerária do Brasil.

Dados de 2024 da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN)/Ministério da Justiça e Segurança Pública, apontam que das 663,387 mil pessoas que se encontram em situação de cárcere, 64% se consideram negros, conforme classificação do IBGE, abarcando 48,3% de pardos e 15,6% de pretos. Além disso, cerca 44% dos presos não

22 XAVIER, Arnaldo. **A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista:** um debate para o Serviço Social. Revista Katálysis, [s. l.], v. 11, ed. 2, p. 274-282, 2008, p. 275

23 ANDRADE, V. P. de. **Sistema penal máximo versus cidadania mínima:** códigos de violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 205

24 MOREIRA, Reinaldo Daniel. **Notas sobre a seletividade do sistema penal.** Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery, [s. l.], ed. 8, p. 1-16, 2010, p. 11

completaram o ensino fundamental, e outros 6% não chegaram a acessar qualquer tipo de ensino formal.

Os crimes que mais levam as pessoas à prisão são o de tráfico de drogas, cerca de 24%, e os associados ao patrimônio, como roubo qualificado, roubo simples, furto simples e furto qualificado, com 51% dos crimes sendo não-violentos, e apenas 12% correspondendo aos presos por homicídio, devido sua baixa resolução. Os dados analisados apontam que, há uma eficaz seleção dos prisioneiros brasileiros pelas agências de controle formal e informal. O Brasil é a terceira população carcerária do mundo, segundo dados do *Institute for Crime and Justice Research* juntamente com a *Birkbeck University* de Londres, de 2024.

Isto contradiz a lógica de encarceramento e punitivismo como meio de resolução dos problemas de segurança pública, na medida em que o Brasil figura como o 131º país mais seguro do mundo, entre os 50 mais inseguros, segundo dados de 2024 do *Global Peace Index*. Na mesma medida, dados do Union Bank of Switzerland, o Global Wealth Report 2023, o Brasil figura como o país com maior concentração de riqueza no 1% mais rico da população, com 48,4% da riqueza concentrado com 1% da população.

É notório a formação de um perfil muito específico e próprio dos sujeitos que são alcançados pelo sistema penal, notadamente os desfavorecidos. Assim, a ocultação dos privilégios da classe dominante no discurso de aplicação do direito, enquanto direciona a criminalização para a classe dominada, constitui, em si, uma ideologia, que se observa com mais clareza dentro da sociedade capitalista²⁵.

3.2 A IDEOLOGIA PENAL E O CAPITALISMO

O direito é produto do Estado e, sendo o Estado criado para gerir os interesses da classe burguesa, o sistema jurídico por consequência também é burguês. Dessa forma, o sistema criminal atua também no campo da ideologia, como descrito na tradição marxista, reproduzindo a ideologia da burguesia²⁶. Nesse sentido, o direito penal age como protetor da ideologia econômica capitalista, eis que este é gerido de forma a atender os melhores interesses da burguesia. Nesse sentido, aduz Nilo Batista:

Podemos assim dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhido pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missa secreta’ do direito penal.²⁷

25 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Insitituto Carioca de Criminologia, 2002., p. 165

26 BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 95-96

27 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.116

Baratta²⁸ aprofunda ainda mais a questão da função ideológica da pena, “a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização.” Assim, a pena não somente serviria para a gestão e controle da classe subalterna da sociedade, mas falsear a realidade, escondendo a falta de punição nas condutas praticadas pela classe hegemônica.

A ideologia penal e a forma da política estatal como produto da ideologia econômica capitalista podem ser constatadas através da história. Mattei²⁹ destaca como no final da Primeira Guerra Mundial, as condições de trabalho precárias e a ausência de políticas de amparo social foram elementos que impulsionaram a organização política de trabalhadores em país como a Itália e a Alemanha. Com o interesse de controlar a crise política e os movimentos operários e grevistas, e em prol da manutenção da acumulação do capital, a articulação do medo e de elementos repressivos foram aspectos fundamentais do surgimento dos regimes autoritários que surgiram em seguida.

Assim, as funções reais da pena não são escancaradas. Como forma ideológica, das mais próximas da tradição marxista, a pena é vendida como de caráter ressocializador do indivíduo que viola os bens jurídicos tutelados pelo Estado. Dessa forma, os resultados que a pena gera são mascarados, em prol do seu verdadeiro interesse de suporte da ideologia econômica. Nesse sentido, destaca Kilduff:

Apesar das concepções de “reeducação” e “reabilitação” serem mitos burgueses porque, como está mais que comprovado, o aprisionamento exerce efeitos contrários a uma possível inclusão positiva do sujeito à sociedade, elas têm sentido na origem do capitalismo, quando a nascente burguesia precisou inserir o proletariado no monótono, rotineiro e mecânico ritmo do trabalho industrial moderno³⁰.

Aliado a isto, devido a intensa desestruturação das políticas públicas estruturantes, sobretudo nos países periféricos, eleva-se as condições de desigualdade social e, por consequência, a criminalidade, na mesma medida em que se busca conter os seus efeitos através da criminalização das classes subalternas³¹.

Assim, introduz-se o conceito de inimigo na política criminal, aplicando esta acepção a grupos específicos e intensamente marginalizados dentro da classe subalterna. Zaffaroni aduz a respeito do conceito de inimigo:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele é considerado sob o aspecto de ente daninho ou perigoso [...] estabelece-se a distinção entre cidadãos (pessoas) e ini-

28 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Insitituto Carioca de Criminologia, 2002., p.166

29 MATTEI, Clara E. **A ordem do capital**: como economistas inventaram a austeridade e abriram caminho para o fascismo.1. ed. São Paulo: Boitempo, 2023. p.204

30 KILDUFF, Fernanda. **O controle da pobreza operado através do sistema penal**. Revista Katál, Florianópolis, v. 13, ed. 2, p. 240-249, 2010, p.243

31 RIO, JOSUÉ JUSTINO DO. **O Direito Penal, Capitalismo E Estado: Reflexões Críticas**. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 11, p. 249-266, july 2012. p.262

migos (não pessoas), faz-se referência a certos seres humanos que são privados de certos direitos individuais.³²

É utilizando da lógica da guerra que se suprimem os direitos fundamentais e liberdades individuais dos indivíduos que são estigmatizados como inimigos. Institui-se e naturaliza-se a perseguição a grupos minoritários dentro da classe trabalhadora.

Rio³³ destaca a importância do inchaço do Direito Penal na medida em que se diminui os investimentos em bem-estar social, pois esta dinâmica possui um interesse específico: “manter o conformismo das classes menos favorecidas por meio da difusão do medo, haja vista que, dessa forma, estar-se-á preservando o sistema mercadológico.”

Dessa forma, é nítido a função precípua do Direito Penal moderno na manutenção da ordem econômica capitalista e suas relações de desigualdades. Contudo, é no seu forte caráter ideológico que se esconde o real objetivo, simulando uma realidade onde o sistema penal não só aspira resguardar os interesses de toda a sociedade, como funciona de forma igualitária e soluciona os problemas da segurança pública e da criminalidade³⁴.

É válido ressaltar que a ideologia penal e a sua função de preservação do sistema econômico não ocorrem somente pelo caráter ideológico do próprio sistema. Este é reforçado através dos meios de comunicação de massa, sendo ferramenta da “indústria da cultura”, fomentando a ideologia penal dentro da sociedade.

4. O INIMIGO TELEVISIONADO: A MIDIATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A mídia, sendo a maior fonte pela qual a sociedade não somente se informa, como também se entretém, transmite através dos seus meios um discurso ideológico de estilo de vida. Dessa forma, age como um controlador social, manipulando uma massa de pessoas a seguirem e reproduzirem a opinião transmitida³⁵.

Como meio de produção intelectual controlada pela burguesia, serve de instrumento para construção da realidade. Da análise da criminologia crítica, tanto os meios de controle social formal quanto informal selecionam os seus criminosos de forma parcial, visando certos indivíduos mais do que outros.

Assim, entende Ribeiro³⁶ que o sistema penal, na visão crítica, exprime a manutenção da desigualdade social e de uma ordem hegemônica, qual seja, a burguesa. Do mesmo

32 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.18

33 RIO, JOSUÉ JUSTINO DO. **O Direito Penal, Capitalismo E Estado: Reflexões Críticas**. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 11, p. 249-266, July 2012, p.265

34 KILDUFF, Fernanda. **O controle da pobreza operado através do sistema penal**. Revista Katál, Florianópolis, v. 13, ed. 2, p. 240-249, 2010, p. 247

35 GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o Poder Judiciário: a influência da mídia no processo penal e a decisão do juiz**. 2015. 165. p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2015, p.74

36 RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminalidade crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem”**. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 951-979, 2010, p.968

modo, a mídia também reproduz a visão trazida pelo sistema penal, legitimando tais discursos no seio da sociedade. Observa-se que não se pode falar no Direito Penal moderno sem falar na mútua influência entre este e os meios de comunicação de massa. Importante se faz destacar a manifestação de Cláudio Coelho acerca da mídia como formadora da opinião pública:

Antes de mais nada, é preciso distinguir quais meios de comunicação possuem poder e que tipo de poder exercem. Não há dúvida de que conglomerados empresariais como as Organizações Globo, no contexto brasileiro, e a News Corporation, de Rudolph Murdoch, no contexto mundial, são exemplos de instituições poderosas, que movimentam enorme quantidade de capital, influenciam comportamentos individuais e coletivos e agem politicamente, defendendo seus próprios interesses e os interesses da sociedade capitalista de modo geral. De forma alguma, essas empresas podem ser consideradas como fazendo parte de uma mesma instituição social, com todos aqueles que são produtores de mensagens e utilizam algum tipo de recurso tecnológico.³⁷

O discurso da mídia passa a ser um propagador do medo na população, ao passo que como resposta a esse terror provocado, evoca um direito penal mais agressivo³⁸. É nessa busca por uma legislação penal mais dura, que Kilduff³⁹ (.) aduz o seguinte: “[...] a mídia e os partidários das políticas tipo ‘lei e ordem’ invocam – quando acontece um crime violento – o dano causado à vítima, para criar um clima de pânico generalizado, e lograr o apoio social para a aprovação de leis penais mais severas.”

As políticas de Lei e Ordem (*Law and Order*), amplamente copiadas no Brasil, se iniciaram nos Estados Unidos, na década de 70, onde as leis e punições se enrijeceram cada vez mais, com apoio dos repórteres policiais em sua aplicação⁴⁰. Assim, o Estado se vê obrigado a responder ao pânico difundido pela mídia na população, sem antes ter grandes reflexões acerca da segurança pública e da criminalidade.

Nilo Batista⁴¹ infere que os meios de comunicação de massa, quando assumem uma função investigatória, não somente se atentando a apresentar os fatos com fidedignidade, passa a mídia então a atuar politicamente. Assim, é pacificado o entendimento de que a mídia e os meios de comunicação de massa que tenham como conteúdo a divulgação de crimes, acabam por criar uma sensação de medo e pânico na população.

37 COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Mídia e poder na sociedade do espetáculo**. Revistacult. São Paulo: PUCSP, 2014, p.45

38 NASCIMENTO, Elson Ramos do. **A Influência Da Mídia No Processo Penal: Os Casos Daniella Perez E Escola Base De São Paulo**. Orientador: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate. 2020. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 2020, p. 83

39 KILDUFF, Fernanda. **O controle da pobreza operado através do sistema penal**. Revista Katál, Florianópolis, v. 13, ed. 2, p. 240-249, 2010, p. 245, apud GARLAND, 1999, s.p

40 NASCIMENTO, Elson Ramos do. **A Influência Da Mídia No Processo Penal: Os Casos Daniella Perez E Escola Base De São Paulo**. Orientador: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate. 2020. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 2020, p. 84

41 BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no Capitalismo Tardio**, 2002, p.6

Nascimento⁴² infere que a mídia, exercendo o seu poder de convencimento, é capaz de ditar os rumos da opinião pública ao divulgar casos em que envolvam algum tipo de violência. Contudo, raras vezes estes discutem as origens dessa violência que, para a criminologia crítica, se dá por fruto da produção material, se atendo a exigir respostas do Poder Público, principalmente do Legislativo, exigindo deste leis mais severas.

Aduz Garcia⁴³ que o poder judiciário está descredibilizado no país. E é utilizando-se dessa imagem desgastada que os meios de comunicação de massa surgem como comprometidos com a busca por uma verdadeira justiça, fazendo-se de voz da população ao passo em que ocultam os seus reais interesses. Nesta senda, Boldt destaca:

Seja na televisão ou na internet, nas revistas ou nos jornais, diariamente nos deparamos com o “senso comum penal” reproduzido pelos meios de comunicação e absorvidos pela sociedade. Com base neste senso comum, surgem propostas de contenção da criminalidade sem nenhum tipo de fundamento, mas que conquistam a população em razão de seu apelo dramático e de sua consonância com a demanda punitiva que a própria mídia ajuda a criar.⁴⁴

Invariavelmente, as propostas de contenção da criminalidade feitas pela mídia recaem sobre a criação de tipos penais mais rígidos e da supressão de direitos e garantias fundamentais. Sobre o primeiro, a este se dá o nome de expansionismo do direito penal.

Buscando resoluções rápidas para a criminalidade midiaticizada, nos últimos anos a legislação penal foi inflada, sobretudo com o advento da lei de crimes hediondos, tráfico de entorpecentes, feminicídio, dentre outros. Foi desse recrudescimento penal que as cadeias cada vez mais se tornaram propícias para a ocorrência da socialização do crime, onde réus primários acabam sendo absorvidos por organizações criminosas que atuam nos presídios, levando a um aumento da criminalidade⁴⁵.

No que tange a lei de crimes hediondos, editada em razão do assassinato da atriz Daniella Perez, caso que gerou grande clamor social, tem-se que o advento da Lei 8.072 de 1990 é o que melhor expressa o Direito Penal simbólico. Nele, são criadas legislações ineficazes no que se propõem, excessivamente severas e com penas desmedidas. Assim, a mídia acaba por criar uma sociedade aterrorizada, cuja sensação de impunidade da criminalidade obriga o Estado a intervir através de leis mais rígidas que são meramente simbólicas, não resolvem o problema a que se propõe⁴⁶.

42 NASCIMENTO, Elson Ramos do. **A Influência Da Mídia No Processo Penal: Os Casos Daniella Perez E Escola Base De São Paulo**. Orientador: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate. 2020. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 2020, p.11

43 GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o Poder Judiciário: a influência da mídia no processo penal e a decisão do juiz**. 2015. 165. p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2015, p.13

44 BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Imprensa: Curitiba, Juruá, 2013, p. 70

45 NASCIMENTO, Elson Ramos do. **A Influência Da Mídia No Processo Penal: Os Casos Daniella Perez E Escola Base De São Paulo**. Orientador: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate. 2020. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 2020, p. 27

46 SILVA, Andrew Lucas Valente da; RIBEIRO, Luciana Uchôa. **Direito penal do inimigo e a influência midiática à luz do pacote anticrime**. Revista Científica Multidisciplinar do CEAP, Amapá, v. 3, ed. 1, p. 1-10, 2021, p. 7

Outro caso emblemático ocorreu no ano de 1994, na cidade de São Paulo, situação que ficou conhecida como “Caso Escola Base”. Uma denúncia de abuso sexual em uma escola levou a inúmeros abusos por parte da imprensa, que levaram a um inquérito mal conduzido. Alex Ribeiro relata o seguinte:

[...] Os quatro suspeitos referem que sofreram uma espécie de sessão de pressão psicológica. Paula afirma, ainda, que a pressão não foi apenas psicológica, pois alega ter sido agredida por policiais, conforme revela Ribeiro (2000). Todos negaram envolvimento no suposto crime e só foram liberados pelo repórter às 23 horas. O inquérito passou a tramitar sob a responsabilidade do delegado Edélson Lemos. A surpresa do dia foi o recebimento de um telex do IML, adiantando os resultados do exame de corpo de delito realizado nas crianças: ‘referente ao laudo nº. 6.254/94 do menor F.J.T Chang, BO 1827/94, informamos que é positivo para a prática de atos libidinosos. Dra. Eliete Pacheco, setor de sexologia, IML’. Bastou aquela informação para que todos os jornais já tomassem conhecimento sobre o caso. Tamanha foi a repercussão que ‘nesse mesmo dia, o Jornal Nacional, da Rede Globo, soltou a notícia, sem a versão dos acusados’, mas ‘o repórter da Globo não assumia as denúncias como verdadeiras e apenas narrava o fato de um inquérito policial ter sido aberto para apurar possível abuso sexual’. E várias foram as manchetes do dia 30 de março informando sobre o caso, mas todos os jornais mantiveram parcialidade naquele momento, agindo tecnicamente de forma correta, já que apenas expuseram a informação sobre as acusações. A partir daí, o delegado deu início a uma série de declarações à mídia, o que levou a opinião pública a classificar essas seis pessoas – Maria Aparecida, Ayres, Paula, Maurício, Saulo e Mara – como culpados por pedofilia. O Jornal Nacional chegou a sugerir o ‘consumo de drogas’ e a ‘contaminação pelo vírus da AIDS’, enquanto a Folha da Tarde noticiava: ‘Perua carregava crianças para orgia’, o ‘Notícias Populares’ estampou em sua capa o título: ‘kombi era motel na escolinha do sexo’.⁴⁷

O “caso Escola Base” representa a ruptura constitucional do devido processo legal, em um processo que se assemelha ao praticado durante a ditadura civil-militar do Brasil⁴⁸. Tanto a “Escola Base” quanto o caso Daniella Perez demonstram o poder da midiaticização penal que tange não somente na criminalização secundária, como a investigação e aplicação da lei, como na própria criminalização primária, que ocorre na expansão do Direito Penal em si.

Este clamor social surge através do poder da mídia. Os meios de comunicação de massa acabam por alienar a população. Não somente, o Estado também acaba sendo pressionado pelo poder da mídia e, também, pelo clamor social gerado por esta, o que

47 RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminalidade crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem”**. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 951-979, 2010., p. 25

48 NASCIMENTO, Elson Ramos do. **A Influência Da Mídia No Processo Penal: Os Casos Daniella Perez E Escola Base De São Paulo**. Orientador: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate. 2020. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 2020., p. 100

leva a classe política a apresentar soluções para os problemas como da criminalidade sem necessário aprofundamento do tema, somente visando responder a este anseio⁴⁹.

Contudo, é quando o Estado responde ao clamor insuflado pela mídia na população que o direito penal midiático exerce sua função ideológica de forma completa, conforme ficará exposto a seguir.

5. O DIREITO PENAL MIDIÁTICO RELACIONADO AO CONCEITO DE IDEOLOGIA MARXISTA

A expansão do Direito Penal que resulta em leis cada vez mais severas em decorrência da midiática do direito penal possui um caráter ideológico por si só. Não obstante, nas definições de Marx já citadas, a ideologia é um embuste reproduzido na sociedade capitalista e oculta a dominação da classe dominante e oculta as contradições inerentes ao capitalismo.

Para Zizek⁵⁰, as pessoas que vivem no capitalismo agem sem consciência dos seus atos, devido a uma reprodução fantasiosa sobre a realidade social que fazem parte produzida pela própria realidade. O sistema capitalista então, na medida em que se depara com problemas reais, apresenta soluções falsas.

Extraí-se que as sanções penais somente seriam resultado dessa distorção produzida pela realidade capitalista onde a sociedade tem uma mera representação das funções da pena, embora estas não correspondam essencialmente a realidade. Para que esta distorção ocorra os aparelhos ideológicos de Estado são manejados, incluindo a mídia. Nota-se que embora os grandes conglomerados de mídia sejam instituições privadas, deve-se pontuar a teoria gramsciana acerca da distinção entre público e privado.

Zizek⁵¹ aponta que, para a teoria gramsciana, a diferença entre público e privado somente ocorre dentro do direito burguês. Dessa forma, pouco importa o fato de que os veículos de imprensa sejam instituições privadas pois, conforme expostos, estes funcionam perfeitamente como aparelhos ideológicos de Estado.

A definição de Zizek encaixa-se com a ideia do Direito Penal simbólico. Na medida em que se depara com um problema real, qual seja a segurança pública, o Estado burguês, acionado pelo clamor social que advém do terror provocado pela midiática do direito penal, é acionado e responde a esse anseio com legislações penais cada vez mais rígidas, mas que, na prática, não possuem eficácia alguma para a solução dos problemas reais. Isto ocorre por conta da distorção que a sociedade enxerga a realidade social. Hulsman e Celis exemplificam uma destas distorções no quesito da criminologia, nesses termos:

Ao tratarem dos problemas da justiça penal, os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado “homem comum”. Este homem comum seria obtuso, covarde e

49 NASCIMENTO, Elson Ramos do. **A Influência Da Mídia No Processo Penal**: Os Casos Daniella Perez E Escola Base De São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate. 2020. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 2020., p. 81

50 ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p.314

51 ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p.115

vingativo. Não faria distinção entre os marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos, reservando-lhes em bloco o desprezo público. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam.⁵²

De suma importância são as análises trazidas pela criminologia crítica, cujo precursor, utilizando-se de uma análise marxista, entende o Direito Penal como controlador da classe oprimida. Aqueles que se encontram fora dessa cadeia de usufruto da acumulação do capital, sendo a classe subalterna, serão aqueles que mais violarão o bem jurídico da propriedade, resultando em maior perseguição penal⁵³.

A mídia é muito importante nesse sentido, pois serve para estigmatizar a figura do inimigo e perpetuar o entendimento sobre quem são os indesejáveis que devem ser controlados pelo sistema penal.

Os programas policiaiscos, ao apresentar em seus noticiários as matérias criminais, dão um foco excessivo nos crimes de roubo e tráfico de drogas. Dessa forma, além da sensação de insegurança e medo insuflado na população, ainda reforça uma criminalização primária, lançando holofotes para os crimes cometidos pelas classes subalternas enquanto os crimes cometidos pela classe burguesa são ofuscados, sendo diminuídos de importância ou repassado a ideia de que se tratam de uma exceção dentro da classe.

A mediação do direito penal, como disseminador de ideologia ainda atua no sentido de dar ao Direito Penal um caráter universal, calcado na igualdade formal que sustenta os valores do Estado liberal. Na medida em que opera discurso de que o sistema é válido para todos, protegendo sem distinções dentro da sociedade e não havendo qualquer direcionamento em seus atos, há um reforço do mito da igualdade⁵⁴. Zaffaroni aponta, nesse sentido, a função ideológica da mediação do Direito Penal:

Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal.⁵⁵

Como já mencionado, os meios de comunicação de massa pertencem a grupos econômicos que fazem parte da classe burguesa. Sendo considerados meios de produção intelectual pertencem, portanto, a classe dominante.

Dessa forma, as ideias difundidas pela mídia não poderiam ser, de outra forma, que não as ideias dessa mesma classe a qual ela representa. Invariavelmente, também, a

52 CELIS, Jacqueline Bernat de; HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. 1. ed. Brasil: Luam, 1993, p.58

53 BARATTA, Alessandro: **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Insitituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 198

54 BARATTA, Alessandro: **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Insitituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162

55 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.18

mídia ao ter o Direito Penal como foco, sendo este também um aparelho repressivo e ideológico do Estado, acaba por ser um disseminador de ideologia, alimentando o sistema penal e validando este, enquanto se coloca como uma espécie de porta-voz das classes subalternas.

Os programas sensacionalistas policiais, através das exaustivas notícias que tratam de crimes, principalmente os violentos, criam um senso de insegurança e medo constante na população, sem questionar o Direito Penal, mas clamando por leis mais rígidas e defendendo a letalidade em ações policiais.

Isto posto, tem-se que a mediação do direito penal atua diretamente como ideologia nos moldes da definição dada a esta pela tradição marxista, ao consistir em uma mentira reproduzida na sociedade civil pelo Estado burguês. Ou seja, o direito penal é um mecanismo de estabilização das relações sociais de uma sociedade dividida em classes, na qual a classe dominada deve ter seus interesses afastados afim de garantir a exploração do trabalho e a acumulação do capital, a partir do controle dos indesejáveis e proteção da propriedade privada.

Isto tudo infere no reconhecimento de que dilemas na realidade social como a desigualdade e a pobreza, perpetuadas pela concentração de riqueza, podem gerar problemas na segurança pública. Ocorre que, na perspectiva a tradição marxista aqui estudada, a problemática não reside na má aplicação da lei penal ou na falha do Estado, mas na própria constituição do Estado e na estrutura social que ele reflete.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação partiu de elementos do pensamento do próprio Marx, complementado por pensadores da tradição marxista. Estabeleceu a realidade objetiva e o papel da mídia na perpetuação dos problemas do direito penal brasileiro, bem como na manutenção do modo de atuação do Estado burguês.

A partir destes pilares, foi possível correlacionar o conceito de ideologia para o marxismo e de que maneira a mídia atua como mecanismo de consolidação do modelo estrutural da sociedade de classes. O sistema penal associado aos meios de comunicação de massa corresponde não somente a uma distorção da realidade que afasta a possibilidade de um enfrentamento efetivo dos problemas de segurança, mas também como um poderoso instrumento ideológico.

Isto ocorre, pois o direito penal possui uma função ideológica determinante, pela visão da criminologia crítica, enquanto a mídia corresponde a um aparelho ideológico de Estado, na medida em que realiza o controle e a estabilização dos vulneráveis, na mesma medida em que protege majoritariamente os bens jurídicos da classe dominante. No aspecto formal, o direito penal está posto para todos. Porém, materialmente, a partir da realidade dos ambientes prisionais, depreende-se sobre quem são os apenados. No modelo da estrutura capitalista, esta segregação se aplica também ao acesso à renda, à propriedade privada, ao estudo, ao saneamento básico e à proteção estatal, entre outros.

Discutir a instituição penal e seus resultados na sociedade, juntamente com a atuação da mídia ao tratar da criminalidade é um importante passo para se discutir uma proposta de segurança pública realmente eficaz e que não se pauta na perseguição de inimigos, que é o próprio povo.

Além disso, partir da visão superficial calcada no medo impede a compreensão de elementos factuais contraditórios, como o fato do Brasil ter uma enorme população carcerária e isto não influenciar na melhora da segurança. Conclui-se que, sob esta ótica, a espetacularização do direito penal exerce uma função puramente ideológica no contexto do sistema capitalista, gerando efeitos latentes no tecido social, como a manutenção de desigualdades e a estigmatização de determinados grupos sociais vulnerabilizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, L. P. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Rio de Janeiro: Graal, 2010.
- ANDRADE, V. P. de. **Sistema penal máximo versus cidadania mínima**: códigos de violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARAÚJO, Thiago Celli Moreira de. **O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica**: Por uma criminologia do século XXI. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, ed. 67, p. 356-375, 2015.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Insitituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005
- BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Imprensa: Curitiba, Juruá, 2013
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF; Senado Federal, Editora Gráfica, 2018.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do sistema penitenciário**: 16º ciclo SISDEPEN, período de referência: janeiro a junho de 2024. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024.
- CELIS, Jacqueline Bernat de; HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas**: O sistema penal em questão. 1. ed. Brasil: Luam, 1993. 180 p.
- COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Mídia e poder na sociedade do espetáculo**. Revistacult. São Paulo: PUCSP, 2014, p. 45. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/midia-e-poder-na-sociedade-do-espetaculo/2014>. Acesso em 09.02.2020
- FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List**. 14. ed. Londres: Institute for Crime & Justice Policy Research, 2024. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_14th_edition.pdf. Acesso em: 05 fev. 2025.

- GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o Poder Judiciário**: a influência da mídia no processo penal e a decisão do juiz. 2015. 165. p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2015.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. V.1
- INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. Global Peace Index 2024: measuring peace in a complex world. Sydney: Institute for Economics & Peace, 2024. Disponível em: <https://www.economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2024/06/GPI-2024-web.pdf> . Acesso em: 5 fev. 2025.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad: João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009
- KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. **Revista Katál**, Florianópolis, v. 13, ed. 2, p. 240-249, 2010. DOI <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000200011>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802010000200011>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 119 p. ISBN 85-336-0820-9.
- MATTEI, Clara E. **A ordem do capital**: como economistas inventaram a austeridade e abriram caminho para o fascismo.1. ed. São Paulo: Boitempo, 2023.
- MOREIRA, Reinaldo Daniel. Notas sobre a seletividade do sistema penal. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, [s. l.], ed. 8, p. 1-16, 2010. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzU1.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- NASCIMENTO, Elson Ramos do. **A Influência Da Mídia No Processo Penal**: Os Casos Daniella Perez E Escola Base De São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate. 2020. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 2020. Disponível em: http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/3434/exemplar_2197.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jun. 2021.
- PACHUKANIS, Evguêni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
- RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminalidade crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem”**. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 951-979, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3268.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- RIO, JOSUÉ JUSTINO DO. O Direito Penal, Capitalismo E Estado: Reflexões Críticas. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 11, p. 249-266, july 2012. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/343>>. Acesso em: 5 fev. 2025. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v11i1.343>.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA, Andrew Lucas Valente da; RIBEIRO, Luciana Uchôa. Direito penal do inimigo e a influência midiática à luz do pacote anticrime. **Revista Científica Multidisciplinar do CEAP**, Amapá, v. 3, ed. 1, p. 1-10, 2021. Disponível em: <http://periodicos.ceap.br/index.php/rcmc/article/view/79>. Acesso em: 5 fev. 2025.
- UBS. **Global Wealth Report 2023**: leading perspectives to navigate the future. 2023. Disponível em: <https://www.ubs.com/global/en/family-office-uhnw/reports/global-wealth-report-2023.html> Acesso em: 05 fev. 2025.

XAVIER, Arnaldo. A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista: um debate para o Serviço Social. **Revista Katálysis**, [s. l.], v. 11, ed. 2, p. 274-282, 2008. DOI <https://doi.org/10.1590/S1414-49802008000200013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/PBSsPwwBsLfts3kFcBtrk-5D/?lang=pt#>. Acesso em: 5 fev. 2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: **Revan**, 2001. 281 p. ISBN 85-7106-032-0.

ZIZEK, Slavoj (org.). **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE: ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O PROCESSO CIVIL

PARTIAL DISSOLUTION OF COMPANIES: AT THE INTERSECTION OF CORPORATE LAW AND CIVIL PROCEDURE

Leonardo Costa Norat¹

Geovana Vitoria da Silva Tavares²

RESUMO: O trabalho analisa a sistematização da dissolução parcial de sociedade realizada pelo CPC/15, em razão da relevância desta modalidade de extinção do vínculo societário e da necessidade de compreender seu tratamento processual específico. O estudo examina como o legislador disciplinou o instituto através de um procedimento especial que contempla sua aplicação aos diferentes tipos societários, o regime de legitimidade conforme as estruturas societárias, a sistemática de resposta do réu e o sistema técnico de apuração e liquidação dos haveres. A análise evidencia que o CPC/15 estabeleceu uma disciplina processual completa do instituto, proporcionando instrumentos específicos para sua efetivação.

Palavras-chave: Dissolução parcial de sociedade; procedimento especial; sistemática processual; Código de Processo Civil; direito societário.

ABSTRACT: This paper examines the procedural regulation of partial dissolution of companies under the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, given the significance of this form of termination of corporate relationship and the need to understand its specific procedural treatment. The study analyzes how the legislator structured this legal institute through a special procedure that encompasses its application to different corporate types, the standing rules according to corporate structures, the defendant's response system, and the technical framework for the determination and settlement of equity interests. The analysis shows that the Code established a comprehensive procedural framework for this institute, providing specific instruments for its implementation.

Keywords: Partial Dissolution of Company; Special proceeding; procedural systematic; Civil Procedure Code; Corporate law.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu sistemática processual específica para a dissolução parcial de sociedade, disciplinando aspectos procedimentais que se relacionam diretamente com institutos fundamentais do direito societário. Essa ordenação, prevista entre os artigos 599 e 609, representa importante inclusão do atual diploma processual no âmbito dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, sem correspondência no código anterior.

A disciplina processual contempla diferentes dimensões do instituto, estabelecendo requisitos procedimentais próprios, desde o regime de legitimidade até a sistemática

1 Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Sócio do escritório Mendes Advocacia e Consultoria. Membro do Grupo de Pesquisa Financiando Direitos (CNPq-UFPA) e da Comissão de Direito Empresarial da OAB/PA. E-mail para contato: leonardonorat.adv@gmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Estagiária. Bolsista PIBIC (UFPA). Membro do Grupo de Pesquisa Financiando Direitos (CNPq-UFPA). Ouvinte no Grupo de Estudos de Direito e Concorrência (USP). E-mail para contato: geovanavstavares@gmail.com.

particular para apuração de haveres, sempre em diálogo com os princípios e estruturas do direito societário. O tratamento conferido pelo legislador processual, dialogada com aspectos materiais previstos no Código Civil, embora em certos pontos necessite de esforço do intérprete para bem aplicar direito como posto.

O presente trabalho analisa a disciplina processual da dissolução parcial de sociedade a partir de quatro eixos fundamentais, sendo estes: (i) os aspectos materiais e procedimentais, abrangendo tipos societários e requisitos específicos; (ii) o regime de legitimidade e relação processual; (iii) a sistemática de resposta do réu; e (iv) o sistema de apuração de haveres, que contempla desde marcos temporais até formas de pagamento. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental baseada em doutrina especializada e jurisprudência dos tribunais estaduais.

A pesquisa evidencia que o sistema processual estabelecido pelo CPC/15 disciplina detalhadamente a dissolução parcial de sociedade através de um procedimento especial que contempla questões estruturais e aspectos técnicos específicos. Essa sistematização processual determina parâmetros objetivos para o reconhecimento da dissolução e sua efetiva operacionalização, proporcionando um tratamento processual completo ao instituto.

2. ASPECTOS MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS DA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL

2.1 TIPOS SOCIETÁRIOS E NATUREZA DA DEMANDA

A disciplina processual da dissolução parcial de sociedade no ordenamento brasileiro parte de uma premissa fundamental estabelecida pelo Código Civil: o princípio da tipicidade societária.

Por meio desse princípio, os agentes econômicos devem necessariamente recorrer a um dos tipos societários legalmente previstos, cada qual com seus elementos essenciais, distinguindo-se entre simples e empresárias conforme o objeto societário, ou seja, a atividade econômica exercida, segundo a delimitação dos artigos 981 a 985³.

É nesse contexto que se insere a aplicabilidade da dissolução parcial, alcançando as espécies societárias, conforme previsto no art. 599, I, do Código de Processo Civil. Tal amplitude, contudo, não é pacífica na doutrina especializada, particularmente quando se trata das sociedades não personificadas e das sociedades em que não haja prevalência da figura do sócio⁴.

Theodoro Júnior⁵, por exemplo, nega a aplicação do procedimento às sociedades em comum e em conta de participação (arts. 986-996, CCB). No entanto, a referência da lei processual ao objeto societário - compreendido como a atividade econômica estatica-

3 PELA, Juliana Krueger. O Regime de Responsabilidade dos Sócios e a Aplicação das Regras das Sociedades Simples. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, pp. 35-44, n. 166/167, 2014.

4 Vide, abaixo, sobre a aplicação do regime às SAs fechadas.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Procedimentos Especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.224.

mente fixada em contrato e os atos coordenados conexos a esta⁶ - sugere que a personalidade jurídica não é elemento essencial para a aplicação do instituto⁷.

O legislador processual, ao disciplinar a matéria no artigo 599 do CPC, estabeleceu um rol de pretensões possíveis no âmbito do procedimento especial da ação dissolutória parcial, as quais podem assumir natureza constitutiva-negativa, condenatória ou ambas simultaneamente. Nesse último caso, configura-se o caráter bifásico⁸ da demanda⁹.

Disso decorre que, embora haja divergência doutrinária, a aplicação do procedimento especial de dissolução parcial se estende aos tipos societários previstos no ordenamento nacional, devendo o Juízo analisar, no caso concreto, as peculiaridades de cada estrutura societária.

2.2 REQUISITOS PROCEDIMENTAIS ESPECÍFICOS

A instrumentalização da dissolução parcial encontra importante requisito formal na necessidade de apresentação do contrato social consolidado como documento essencial à propositura da ação, conforme estabelece o §1º do art. 599 do CPC.

Essa exigência ganha especial relevância quando confrontada com as diferentes realidades societárias existentes na prática empresarial. É possível identificar quatro cenários distintos que demandam tratamento próprio: (i) sociedades constituídas e registradas com base em contrato escrito; (ii) sociedades constituídas regularmente, mas sem contrato escrito; (iii) sociedades constituídas mediante contrato escrito, mas que atuam irregularmente; e (iv) sociedades constituídas sem contrato escrito, que atuam irregularmente. Cada uma dessas situações apresenta particularidades que influenciam diretamente na possibilidade de utilização do procedimento especial.

A primeira hipótese representa o modelo ideal para a aplicação do procedimento, pois contempla sociedades formalizadas mediante contrato escrito pelos sócios, com elementos essenciais e pressupostos de validade atendidos, devidamente registrados no órgão competente. Nestas, a depender do seu tipo, exsurge a personalidade jurídica.

O segundo cenário engloba sociedades que, embora operem regularmente pela natureza de suas obrigações, prescindem de contrato escrito. O exemplo mais notável é o das sociedades em conta de participação, cuja regularidade se manifesta no exercício da administração e na responsabilidade ilimitada do sócio ostensivo perante terceiros, independentemente de formalidades constitutivas.

6 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, a. XXIII (nova série), n. 54, abr./jun., p. 67-72, 1984.

7 Essa interpretação permite sua extensão a todos os tipos societários previstos no ordenamento nacional, inclusive às sociedades anônimas (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 27); (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 138-139).

8 A caracterização bifásica da demanda ocorre quando necessário cumular dois pedidos distintos no procedimento especial: o pedido constitutivo-negativo de dissolução do vínculo societário e o pedido condenatório de apuração e pagamento de haveres.

9 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 35.

Em contrapartida, o terceiro abrange sociedades que, embora possuam contrato escrito disciplinando as relações *interna corporis* entre sócios e administradores, não foram levadas a registro, impossibilitando a aquisição de personalidade jurídica própria. Estas eram tradicionalmente denominadas “sociedades irregulares” sob a égide do regime anterior ao Código Civil de 2002.

Por sua vez, o quarto cenário engloba as sociedades que, não possuindo contrato escrito, existem ou existiram e podem ser comprovadas por meio escrito nas relações entre sócios e por quaisquer meios nas relações com terceiros - as antigas “sociedades de fato”.

Importante observar que essas duas últimas hipóteses se encontram atualmente reguladas pelo regime das sociedades em comum (arts. 986 a 990, CCB), que unificou o tratamento anteriormente dispensado às sociedades de fato e irregulares¹⁰.

A bem dizer, o §1º do art. 599 estabelece verdadeiro corte vertical nas situações jurídicas submissas ao procedimento especial. Mesmo diante de vínculos societários de mesma natureza, apenas as sociedades que possuírem contrato social escrito e consolidado - ou seja, contemplando todas as alterações - poderão utilizar a via tratada no art. 599 do CPC¹¹.

Esta restrição procedimental gera consequências práticas significativas, já que para as sociedades em conta de participação e sociedades em comum cujo contrato não se fundamenta em declaração de vontade sob a forma escrita em instrumento constitutivo o procedimento especial se torna inacessível.

Nessas hipóteses, a obtenção da tutela jurisdicional demandará um percurso processual mais complexo, pois será necessário propor demanda ordinária trifásica, inicialmente (i) declaratória de reconhecimento da relação, (ii) constitutivo-negativa e (iii) condenatória¹², para que se apurem os haveres.

Questão processual relevante que o legislador optou por não disciplinar expressamente refere-se ao valor da causa. Nesse ponto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina, recorrendo à regra geral do código, têm orientado que o valor atribuível à causa dissolutória deve corresponder ao benefício econômico almejado - quando se trata de ação voltada especificamente à apuração de haveres - ou ao “montante do capital social correspondente

10 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

11 A exigência de apresentação do contrato social consolidado decorre da necessidade de identificar, com precisão, o regime normativo efetivamente vigente na sociedade ao tempo da controvérsia. Por refletir a declaração de vontade social em sua forma atualizada, esse instrumento permite ao juízo conhecer o regramento societário aplicável, aferir o interesse processual e verificar o cumprimento de condições eventualmente previstas internamente. Somente a partir de instrumento que traduza fielmente o percurso deliberativo da sociedade é possível avaliar a adequação da via eleita e a conformidade entre o pedido formulado e o regime jurídico interno. Sobre a interpretação do contrato social, vide: SPINELLI, Luis Felipe. Interpretação do estatuto social. In: **AGIRE - Direito Privado em Ação**, n.º 103, 2024. Disponível em: <<https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire103>>. Acesso em 01 de dez. 2025.

12 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Apelação Cível 1004893-12.2017.8.26.0005**. Rel. Maurício Pessoa. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgamento em 03.03.2023.

ao sócio que se pretende afastar da sociedade”¹³, alinhando-se respectivamente aos incisos I e II do art. 292, CPC.

Assim, embora o procedimento especial da dissolução parcial de sociedade esteja disponível a diversos tipos societários, o legislador impôs um requisito formal que restringe sua aplicação às sociedades com contrato social escrito e consolidado, exigindo das demais um procedimento ordinário mais complexo para a obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

2.3 APLICAÇÃO ÀS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS

Particularmente controversa é a aplicabilidade da dissolução parcial às sociedades anônimas (SAs). Essa questão se relaciona diretamente com a classificação doutrinária tradicional que divide as sociedades entre “de pessoas” e “de capital” e, por conseguinte, entre contratuais e institucionais - embora todas configurem, em essência, contratos plurilaterais, como bem observa Ascarelli¹⁴.

Essa distinção não é meramente acadêmica: nas sociedades de pessoas, predomina a figura dos sócios no vínculo societário, enquanto nas sociedades de capital, o elemento preponderante é a contribuição patrimonial para a formação do capital social¹⁵.

Tal classificação tradicionalmente serviu como fundamento para afastar questões de natureza subjetiva de determinados tipos societários, especialmente das SAs. Dessa distinção emerge um princípio característico das sociedades anônimas em que a intangibilidade do capital social representa elemento fundamental.

Esse princípio não visa apenas assegurar a estabilidade do empreendimento custeado pelos aportes dos acionistas, mas também possibilitar a livre entrada de novos sócios no quadro societário. Sua função tutelar transcende as relações internas, alcançando também as relações externas com terceiros e agentes de mercado que depositam confiança na estabilidade dos investimentos realizados.

Como consequência, a Lei 6.404/76 prevê apenas a dissolução total das companhias, aplicável nas situações em que se verifica a impossibilidade de alcance do fim social - compreendido tanto em seu escopo-meio quanto em seu escopo-fim, respectivamente, o objeto societário e a partilha dos resultados positivos¹⁶.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no REsp n. 1.494.325/SP**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília/DF: Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 19/10/2020, DJe de 26/10/2020; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 39, nota de rodapé 38.

14 ASCARELLI, Túlio. O Contrato Plurilateral. In: **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 372.

15 BORGES, José Eunapio. Sociedades de Pessoas e Sociedades de Capital: A sociedade por quotas, de responsabilidade limitada. **Revista da Faculdade de Direito (UFMG)**, Belo Horizonte, pp. 27-76, v. 1, 1946 p. 30-34.

16 MUNHOZ, Eduardo Secchi. A Tipologia Societária e a sua Função Econômica. Dissolução Parcial da Sociedade Anônima Fechada, Princípio da Intangibilidade do Capital e Caráter Institucional da Empresa. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (Coord.). **Processo Societário**. v. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social**. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 47 (nova série), ns. 149/150, p. 108-130, jan./dez. 2008.

No entanto, o Código de Processo Civil inovou ao estender expressamente a possibilidade de dissolução parcial às sociedades anônimas fechadas¹⁷, incorporando entendimento já consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Essa incorporação fundamenta-se na análise de situações concretas em que a figura dos acionistas assume relevância determinante na dinâmica societária. Nessas hipóteses, o STJ entendeu pela aplicabilidade das regras de sociedades simples às sociedades anônimas fechadas, presumindo a prevalência de critérios pessoais dos acionistas e utilizando como fundamento legal a aplicação subsidiária prevista no art. 1.089 do CCB¹⁸.

Disso decorre que, embora ratificada por previsão legal a possibilidade de dissolução parcial em SAs, *in concreto*, não se pode afastar de suas características típicas, devendo, o Juízo, observar *se e em que medida* a causa de pedir se compatibiliza a estabilidade patrimonial das companhias.

3. LEGITIMIDADE E RELAÇÃO PROCESSUAL

3.1 LEGITIMIDADE ATIVA

No âmbito da legitimidade ativa, o artigo 600 estabelece rol unitário de legitimados para a propositura da demanda de dissolução parcial, contemplando tanto aqueles que têm interesse na desconstituição do vínculo societário quanto os que pretendem apurar, por condenação, os haveres decorrentes da saída.

A primeira hipótese de legitimação diz respeito ao caso de falecimento do sócio. Ressalvadas as sociedades em comandita simples (art. 1.050, CCB) e as sociedades por ações, nas quais vige o princípio da livre circulação acionária (art. 36, LSA), os sucessores, em regra, não se sub-rogam ao *status socii* do falecido (art. 1.028, CCB).

Assim, uma vez dissolvida a participação societária de pleno direito, a demanda proposta pelo espólio visa apenas a apuração de haveres, a ser paga e destinada à universalidade de direito patrimonial proveniente do de cujus¹⁹.

Essa situação se modifica quando, instaurado o inventário e formalizada a partilha, os sucessores do sócio falecido passam a titular os direitos patrimoniais concernentes à participação societária, caso não ingressem no quadro societário. Nessa hipótese, mantém-se a natureza da pretensão voltada eminentemente à apuração de haveres.

Em contrapartida, a sociedade também pode figurar como demandante nos casos em que o contrato social não prevê a sucessão do sócio falecido pelos herdeiros. Nestas situações, o procedimento especial funciona como instrumento para apuração dos haveres

17 Segundo França e Adamek, essa possibilidade decorre da verificação de que, em determinadas sociedades anônimas fechadas, pode haver prevalência dos atributos pessoais dos sócios e a presença de regras que reforçam as relações entre eles, caracterizando-as excepcionalmente como sociedades “de pessoas” e permitindo a aplicação de regras próprias desta categoria (Id., Ibid., p.128).

18 BARBOSA, Henrique Cunha. **A Exclusão do Acionista Controlador na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 110; FRAZÃO, Ana. O STJ e a dissolução parcial de sociedade por ações fechadas. **Revista do Advogado (AASP)**, São Paulo, a. XXXIX, n. 141, pp. 9-18, abr. 2019.

19 PEIXOTO, Ravi; LUCENA, Tamyres Tavares de. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade: uma análise dos aspectos polêmicos. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 13, Jul.-Set./2019.

com o intuito de liberar a sociedade ante os sucessores como uma espécie de *consignatória reversa*²⁰.

Outra hipótese relevante refere-se ao exercício do direito de retirada, que se caracteriza como direito potestativo nos casos previstos em lei. Esse direito opera a autodesvinculação do vínculo societário mediante simples notificação aos sócios remanescentes, seguida da averbação para fins de contagem do prazo bienal de responsabilidade pelas obrigações sociais (art. 1.032, CCB).

Importante ressaltar que, nesta hipótese, a ação judicial não constitui requisito de validade nem elemento de eficácia da desvinculação, que independe da consolidação do contrato social. Persiste, todavia, o interesse processual para a apuração de haveres não resolvidos extrajudicialmente²¹.

Vale destacar que o exercício do direito de retirada também pode ser objeto de tutela judicial nos casos em que o sócio pretende se retirar sem respaldo legal para a saída imotivada extrajudicial. Nessas situações, torna-se necessária a demonstração de justa causa (art. 1.029, CCB)²².

Particular atenção merece a hipótese de exclusão de sócio, em que a legitimidade ativa é atribuída à sociedade, por iniciativa da maioria dos demais sócios (arts. 600, V, CPC, e 1.030, CC)²³. A formação da vontade social ocorre mediante deliberação majoritária, configurando produto do ato²⁴ colegial²⁵.

A exclusão judicial de sócio, fundamentada no inciso V do art. 600, tem como causas de pedir próxima e remota a justa causa, seja por “falta grave” (art. 1.030, CCB) ou por “ato de inegável gravidade” (art. 1.085, CCB). Por se tratar de *ultima ratio* - verdadeira expropriação patrimonial do sócio excluindo através de hétero-desvinculação - as razões que fundamentam o pedido dissolutório não podem se limitar a argumentos abstratos como a quebra da *affectio societatis*.

Diante dessa compreensão restritiva da justa causa, e como ilustração concreta dos atos cuja gravidade ultrapassa a esfera meramente subjetiva, a figura do sócio remisso configura-se como uma hipótese de exclusão legalmente estabelecida, cuja gravidade é presumida pelo ordenamento, dispensando a comprovação casuística da falta, isso porque a integralização do capital subscrito configura a obrigação primordial de qualquer sócio, sendo dever inderrogável do qual a sociedade não pode liberá-lo, especialmente conside-

20 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 46-47.

21 Id. Ibid, p. 48.

22 PEIXOTO, Ravi; LUCENA, Tamyres Tavares de. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade: uma análise dos aspectos polêmicos. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 13, Jul.-Set./2019

23 [referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial Da Sociedade Por Exclusão De Sócio e a Contribuição Dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022. DOI: 10.12957/redp.2022.65680. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/65680>, p. 198.

24 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine Generali del Diritto Civile**, 9. ed., Napoli: Jovene, 2012, p. 211-212.

25 Excepcionalmente, tem-se admitido a legitimidade dos próprios sócios em situações específicas, como nas sociedades paritárias (50%-50%) ou naquelas compostas apenas por dois sócios.

rando que, nas sociedades limitadas, os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital social.²⁶

Isso posto, evidencia-se a necessária a demonstração concreta de atos que caracterizem violação aos deveres de lealdade do sócio e que efetivamente prejudiquem a consecução do fim social. Para evitar o recurso a fundamentos excessivamente subjetivos nestas situações, é relevante que os sócios, no momento da elaboração do contrato social, estabeleçam cláusula que configure negócio jurídico processual²⁷⁻²⁸ (art. 190, CPC).

Tal precaução metodológica produz múltiplos benefícios, pois (i) delimita previamente as condutas vedadas aos sócios, (ii) confere previsibilidade à constituição do acervo probatório, (iii) assegura o exercício do direito de defesa e a possibilidade de anulação da deliberação que fundamentou a demanda, (iv) estabelece parâmetros objetivos para a análise judicial, contribuindo para uma tutela de mérito mais eficiente²⁹.

Situação distinta ocorre quando o sócio já foi excluído do quadro societário nas hipóteses em que a exclusão extrajudicial é admissível - por previsão contratual em sociedades limitadas (art. 1.085, CCB). Nestes casos, o interesse processual volta-se exclusivamente à apuração dos haveres.

Por fim, o legislador contemplou ainda a legitimidade do cônjuge ou companheiro, a depender do regime de bens e seus efeitos para fins de meaço perante as quotas do ex-companheiro. Nesta hipótese, poderá o outrora cônjuge ou companheiro propor a demanda de dissolução parcial visando à liquidação da quota e à apuração dos haveres³⁰.

Cumprir destacar, porém, que o direito de propor a ação dissolutória é personalíssimo do ex-cônjuge ou companheiro, não se transferindo aos herdeiros, aos quais resta recorrer ao regime do art. 1.027, CCB, pleiteando a divisão periódica dos lucros até a liquidação da sociedade³¹.

Portanto, a legitimidade ativa para a propositura da ação de dissolução parcial de sociedade abrange diferentes hipóteses que contemplam não apenas os sócios, mas também seus sucessores, cônjuges e a própria sociedade, cada qual com particularidades

26 SPINELLI, Luis Felipe. **A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada**: fundamentos, pressupostos e consequências. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-21082017-141154. Acesso em: 30 de nov. 2025. p. 98/99.

27 Esta deve disciplinar o *standard* probatório necessário à justificação da exclusão, especificando quais provas serão necessárias para demonstrar o preenchimento dos elementos da hipótese de incidência excludente ([referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial Da Sociedade Por Exclusão De Sócio e a Contribuição Dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022, p. 205-210).

28 Os negócios jurídicos processuais apresentam especial utilidade para a conformação decisória, pois permitem antecipar critérios objetivos de apreciação e distribuir de modo claro os ônus probatórios relacionados à verificação da falta grave. A inclusão dessas convenções no contrato social fornece referências normativas que orientam a análise judicial e contribuem para esclarecer, no plano interno da sociedade, quais comportamentos podem ser considerados incompatíveis com a continuidade do vínculo societário. Esse instrumental auxilia na superação da indeterminação que caracteriza a noção de falta grave, oferecendo parâmetros que tornam a decisão mais estável e aderente ao contexto funcional da sociedade.

29 Id. *Ibid.*, p. 209-211.

30 PEIXOTO, Ravi; LUCENA, Tamyres Tavares de. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade: uma análise dos aspectos polêmicos. **Revista de Direito Recupercial e Empresa**, São Paulo, v. 13, Jul.-Set./2019.

31 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 57.

procedimentais próprias que variam conforme a causa de pedir e a natureza da pretensão, seja ela voltada à desconstituição do vínculo societário, à apuração de haveres, ou a ambas.

3.2 LEGITIMIDADE PASSIVA

A questão da legitimidade passiva na ação de dissolução parcial de sociedade suscita importante debate. Em se tratando de sociedade personificada, defende-se que o legitimado passivo deveria ser unicamente a sociedade, quando a demanda for proposta por sócio retirante, ressalvados os casos de relação processual excepcional em sociedades não personificadas ou com dois únicos sócios³².

Esse entendimento se fundamenta na própria estrutura do contrato plurilateral, segundo o qual a contribuição do sócio para a formação do contrato social desprende-se de seu titular originário, configurando a quota-parte do capital social como propriedade indireta dos bens da sociedade³³. Com efeito, existe clara distinção entre a situação jurídica dos sócios reunidos em prol do escopo societário e aquela dos sócios individualmente considerados.

Quando ocorre a dissolução do vínculo, seja pelo exercício do direito de retirada ou por dissolução parcial com justa causa, a relação jurídica se encerra entre sócio e sociedade, produzindo efeitos internamente no patrimônio societário. Essa configuração afeta apenas indiretamente os demais sócios, através da repercussão no fundo patrimonial³⁴ - tanto que a nulidade na adesão ao contrato plurilateral de apenas um sócio não necessariamente implica a nulidade do contrato como um todo³⁵. Existe, contudo, quem defenda a essencialidade do vínculo material correlato ao interesse processual, sustentando a necessidade de litisconsórcio necessário³⁶.

A análise da legitimidade passiva na ação de dissolução parcial de sociedade demanda tratamento diferenciado conforme a estrutura societária em questão. Nas socieda-

32 [referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial Da Sociedade Por Exclusão De Sócio e a Contribuição Dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022, p. 199.

33 COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 79-83.

34 O interesse processual está diretamente vinculado à relação jurídica material subjacente. No caso da dissolução parcial de sociedade personificada, uma vez que os efeitos da dissolução operam-se apenas na relação entre o sócio retirante e a sociedade, não há utilidade ou necessidade da participação dos demais sócios no processo, já que eventuais reflexos patrimoniais que estes experimentem decorrem indiretamente, através da própria sociedade, razão pela qual os demais sócios carecem de interesse processual para concordar ou contestar tanto a dissolução quanto a apuração de haveres. ([referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial Da Sociedade Por Exclusão De Sócio e a Contribuição Dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022, p. 200).

35 ASCARELLI, Túlio. O Contrato Plurilateral. In: **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008, p.413 e ss.

36 DIAS, Jean Carlos; ARAÚJO, José Henrique Mouta; FERRO E SILVA, Michel; SILVA, Adelman Oliverio; HOMCI, Arthur Laércio; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Curso de Processo Civil**. Processo de Conhecimento. 2. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 58-59; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Procedimentos Especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 225; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 739.

des não personificadas com fundo patrimonial em mão comum, configura-se um patrimônio separado (ou especial), afetado a uma determinada finalidade. Essa universalidade de direito, por não adquirir personalidade jurídica, deve ser representada em juízo pelos seus sócios (art. 75, IX, CPC)³⁷.

A questão que se coloca diz respeito à natureza do litisconsórcio passivo - se necessário ou facultativo. Quando se trata de demanda bifásica ou que vise apenas à dissolução, os sócios devem necessariamente compor a lide, uma vez que o vínculo contratual não se descola do laço interpessoal entre eles, impondo-se o litisconsórcio passivo necessário pela própria relação de direito material subjacente ao processo.

Situação diversa ocorre na fase condenatória ou em demanda que busca exclusivamente a apuração de haveres. Nestes casos, considerando que a responsabilidade pelo pagamento recairá sobre o patrimônio especial - já que não houve transferência de propriedade dos bens pelo sócio, que permanecem em seu patrimônio pessoal ainda que como quota-parte ideal - qualquer dos sócios pode ser demandado a figurar no polo passivo. Forma-se, assim, litisconsórcio facultativo, entendimento que encontra respaldo no art. 604, §1º, CPC, como também observam França e Adamek³⁸, ainda que não se refiram propriamente à legitimidade passiva.

Esta configuração produz efeitos distintos conforme o tipo societário, nas sociedades em comum, por exemplo, a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais implica que, se um deles for condenado a pagar toda a obrigação perante o ex-sócio, terá direito de regresso contra os remanescentes.

Já nas sociedades em conta de participação, o regime de responsabilidade apresenta peculiaridades importantes. O sócio participante que figure no polo passivo, na condição de representante da sociedade não personificada, responde apenas até o limite do que investiu na sociedade, sendo condenado a pagar unicamente o que obteve como partilha de resultados positivos, por força da liquidação da fração ideal; O sócio ostensivo, por outro lado, obriga-se solidária e ilimitadamente perante terceiros (art. 996 c/c 1.029, CCB).

Diante disso, quando se tratar de pleito dissolutório em sociedade não personificada, o litisconsórcio será necessário³⁹, mas, será facultativo quando o pedido estiver em fase ou for eminentemente condenatório, dada a divisibilidade da relação de direito material (art. 114, CPC; art. 283, CCB). Nestas situações, inclusive, admite-se que a sociedade, devidamente representada, figure no polo passivo ao lado dos sócios.

Hipótese particular ocorre nos casos de exclusão de sócio, pois quando a demanda é proposta pela própria sociedade, com base em deliberação majoritária que consolida a vontade dos sócios em ato colegial, não há razão para incluir os sócios remanescentes

37 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 148 e ss.

38 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p.73.

39 DIAS, Jean Carlos; ARAÚJO, José Henrique Mouta; FERRO E SILVA, Michel; SILVA, Adelman Oliverio; HOMCI, Arthur Laércio; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Curso de Processo Civil**. Processo de Conhecimento. 2. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.58.

no polo passivo ao lado do excluendo, já que sua vontade foi manifestada no processo assemblear⁴⁰.

Embora prevaleça a regra de que a dissolução parcial e a apuração de haveres devam ser propostas exclusivamente em face da sociedade, há situações específicas envolvendo acordos parassociais que podem alterar esta configuração. É razoável, por exemplo, que o contrato entre sócios preveja hipóteses de falta grave justificadora da exclusão ou mesmo condições suspensivas para o exercício do direito de recesso.

Nessas situações, quando a causa de pedir remota deriva de condição prevista em contrato parassocial, torna-se necessário incluir no polo passivo os sócios contratantes ao lado da sociedade, permitindo a discussão tanto da condição decorrente da relação entre sócios quanto dos haveres provenientes da relação com a sociedade.

Quanto aos aspectos procedimentais da defesa, a contestação segue a regra geral do CPC, devendo ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de revelia (art. 344, CPC). As matérias de defesa podem abranger tanto a concordância quanto a oposição ao pedido, sendo possível, inclusive, concordar com a dissolução, mas impugnar a apuração de haveres⁴¹.

Peculiaridade relevante diz respeito à extensão dos efeitos da sentença e à possível ausência de citação da sociedade. Mesmo quando esta deva compor a lide como demandada, nos casos de ação proposta por sócio, sua não citação não acarretará nulidade processual se todos os sócios integrarem o processo, considerando-se sanado o vício para que os efeitos da sentença lhe sejam estendidos.

Esta solução processual, contudo, revela certa incongruência com o direito material, ressalvado o caso de sociedades paritárias. Afinal, a sociedade não se confunde com os sócios, e a citação individual destes, cada qual defendendo seus interesses particulares (que podem divergir do interesse societário), pode levar o magistrado a decidir com base em argumentos pertinentes apenas a um dos sócios.

A participação da sociedade como entidade autônoma representa, na verdade, a medida mais adequada para preservar o princípio majoritário que rege as relações societárias, evitando potenciais violações aos deveres fiduciários entre os sócios e a própria sociedade. Por esta razão, a composição do litígio pelos sócios, seja em representação ou em litisconsórcio passivo com a sociedade, deve ser admitida apenas excepcionalmente.

Não obstante, o sistema processual estabelecido permite interpretar que, na etapa constitutivo-negativa, a ausência da sociedade não causaria prejuízo processual quando todos os sócios integram a lide, uma vez que o litisconsórcio entre eles é necessário. Já na fase condenatória, por força da solidariedade, dispensa-se a citação de todos os sócios, assegurando-se àquele que arcar com o débito o direito de sub-rogação no direito do credor.

40 [referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial Da Sociedade Por Exclusão De Sócio e a Contribuição Dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. L.], v. 23, n. 3, 2022, p. 198.

41 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 65-66.

3.3 RESPOSTA DO RÉU E DEFESA

O tema das respostas do réu na ação de dissolução parcial de sociedade merece análise específica quanto ao pedido contraposto e à reconvenção. Nas demandas de caráter bifásico ou naquelas em que os haveres constituem o pedido principal, o legislador previu a possibilidade de formação de título executivo judicial invertido, permitindo que a sociedade obtenha direito de crédito em face do autor ao final do processo.

Tal previsão decorre, particularmente, da previsão especial do pedido contraposto contido no art. 602 do CPC/15⁴² e reflete a preocupação com a simplificação procedimental⁴³, permitindo que eventual crédito a ser indenizado em favor da sociedade seja julgado e liquidado com abatimento dos haveres pretendidos, para identificação do *quantum debeatur*⁴⁴.

A utilização do pedido contraposto se mostra particularmente relevante quando o autor propõe demanda para discutir o modo de cálculo ou a própria dissolução parcial por justo motivo, funcionando como instrumento de proteção do patrimônio societário e da consecução do escopo social.

Situação distinta ocorre quando os sócios integram excepcionalmente o polo passivo da demanda, seja em casos de dissolução de sociedade não personificada com contrato escrito, seja quando a condição geradora da exclusão ou retirada decorre de acordo parassocial. Nestas hipóteses, o pedido contraposto só será admitido quando os sócios réus atuarem como representantes da sociedade na fase condenatória, em razão da solidariedade pela dívida comum.

Quando os sócios figurarem em litisconsórcio passivo facultativo com a sociedade, especialmente envolvendo indenizações ou obrigações derivadas da execução específica do acordo, deverão valer-se da reconvenção, ampliando o objeto da demanda em capítulo autônomo da contestação (art. 343, CPC), ao justificar a conexão dos argumentos aduzidos⁴⁵.

Neste caso, os sócios poderão defender apenas direito próprio conexo à demanda, vedada a substituição processual da sociedade para pleitear indenização em favor desta. Essa sistemática é admitida mesmo no procedimento especial, uma vez que a contestação implica a conversão ao procedimento comum na fase de conhecimento (art. 603, §2º, CPC).

42 LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, João Paulo Hecker da. Apontamentos sobre Relações entre Algumas Demandas Societárias sob a Égide do Novo Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (Coord.). **Processo Societário**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 632; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p.66.

43 A preocupação do legislador é com a simplificação procedimental, justificando-se sobretudo porque o pedido contraposto deve estar circunscrito aos limites da demanda formulada pelo autor (MOUTA, José Henrique, 2021, p. 516).

44 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Apelação Cível 1009561-58.2019.8.26.0004**. Rel. Cesar Ciampolini. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgamento em 06.04.2022.

45 ARAÚJO, José Henrique Mouta. Ampliação do Papel Cognitivo do Réu no Processo: análise do binômio risco x responsabilidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP (UERJ)**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 3, set./dez. 2021. pp. 508-522.

Seguindo a sistemática processual, o legislador estabeleceu diferentes possibilidades de resposta do réu, cada qual com consequências processuais específicas. Inicialmente, o demandado deve se manifestar no prazo de 15 dias, podendo aquiescer integralmente com o pedido, concordar parcialmente ou apresentar resistência total à pretensão.

A concordância integral conduz o processo diretamente à fase de liquidação para apuração dos haveres, com peculiaridade relevante quanto aos ônus sucumbenciais. Nessa hipótese, além da inexistência de condenação em honorários advocatícios, as custas são rateadas conforme a participação no capital social.

Esse critério de distribuição, contudo, restringe-se aos casos em que há sócios em litisconsórcio, aplicando-se a regra geral do art. 82 do CPC quando a demanda envolve apenas a sociedade. Esta distinção assume especial relevância considerando que a sociedade, como parte necessária do processo (exceto em sociedades paritárias), assume as custas iniciais nas ações de exclusão de sócio⁴⁶.

A concordância parcial, por sua vez, pode manifestar-se de duas formas distintas. Na primeira, o réu aquiesce apenas com o pleito dissolutório, mantendo a controvérsia quanto à apuração de haveres. Nesta situação, embora se opere imediatamente o decreto constitutivo-negativo, o processo prossegue quanto ao pleito condenatório, com eventual sucumbência para a parte vencida.

Na segunda hipótese, a discordância recai sobre a causa da dissolução, mesmo havendo consenso quanto ao desligamento do sócio do quadro societário. Em tal cenário, autoriza-se o afastamento do sócio, mas remanesce a discussão sobre o motivo ensejador da saída, com reflexos na distribuição dos ônus sucumbenciais.

Por fim, quando há resistência total à pretensão, opera-se a conversão do procedimento especial em comum para as fases de saneamento, instrução e julgamento. Uma vez ultimada a fase de conhecimento, segue-se à liquidação de sentença para apuração dos haveres, observando-se as regras específicas previstas para este procedimento especial.

Em vista disso, o sistema processual da dissolução parcial de sociedade estabelece um regime específico de respostas do réu que contempla tanto mecanismos de defesa típicos, como o pedido contraposto e a reconvenção, quanto diferentes modalidades de manifestação quanto ao mérito, cada qual com consequências próprias no que tange à condução do procedimento e à distribuição dos ônus processuais.

46 A não observância desta sistemática poderia resultar em dupla oneração dos sócios litisconsortes, que arcariam com as custas tanto diretamente, pela participação processual, quanto indiretamente, via patrimônio societário. Tal situação mostra-se especialmente problemática nas sociedades limitadas, onde representaria uma responsabilização dos sócios por débito social, comprometendo o efeito de *lock in*, típico e essencial à separação patrimonial ([referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial Da Sociedade Por Exclusão De Sócio e a Contribuição Dos Negócios Jurídicos Processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022, p.188-189, nota de rodapé 18); PARGENDLER, Mariana. *How Universal is the corporate form? Reflections on the dwindling of corporate attributes in Brazil*. 2018. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3126838>, p. 9).

4. APURAÇÃO DE HAVERES

4.1 REQUISITOS FUNDAMENTAIS E PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA

A apuração de haveres na dissolução parcial de sociedade demanda a observância de requisitos fundamentais pelo magistrado ao proferir a sentença. Trata-se de parâmetros mínimos de motivação que abrangem a fixação da data de dissolução, a definição do critério de apuração dos haveres e a nomeação de perito, cuja ausência configura *error in procedendo* por omissão.

O legislador processual conferiu primazia à autonomia privada ao estabelecer a prevalência dos critérios convencionados pelas partes para a apuração dos haveres. Esta previsão caracteriza verdadeiro negócio jurídico processual preparatório, através do qual as partes delimitam o campo de atuação jurisdicional quanto ao cálculo, tempo e forma de pagamento⁴⁷

Não obstante a liberdade conferida aos sócios para estipulação destas condições, remanesce ao Poder Judiciário a prerrogativa de recusar, de ofício ou mediante provocação, a aplicação de disposições que apresentem nulidade ou caráter abusivo. Os limites desta autonomia são aqueles inerentes aos direitos e deveres essenciais dos sócios, bem como às regras de ordem pública, vedando-se situações como o enriquecimento ilícito ou a supressão do direito de participação nos resultados⁴⁸.

O sistema processual prevê ainda a possibilidade de depósito antecipado da parcela incontroversa dos haveres, permitindo seu imediato levantamento pelo sócio ou seus sucessores legitimados. Essa ordem de depósito, de natureza satisfativa, em benefício do sócio credor e às expensas da sociedade ou dos sócios, deve observar tanto a estrutura processual do caso quanto os limites das responsabilidades dos sócios, prevalecendo a regra de pagamento pela sociedade em razão de seu interesse processual na obrigação.

Portanto, embora o legislador tenha privilegiado a autonomia privada na determinação dos critérios de apuração de haveres, estabeleceu requisitos fundamentais que devem ser observados pelo magistrado, assegurando tanto a liberdade negocial quanto a adequada prestação jurisdicional.

47 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 83; [referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial Da Sociedade Por Exclusão De Sócio e a Contribuição Dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022, p.208-209.

48 WIEDEMANN, Hebert. “Excerto do ‘Direito Societário’ I – Fundamentos”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. **RDM**, n. 143/66. São Paulo: Malheiros Editores, 2006; WIEDEMANN, Herbert. Vínculos de Lealdade e Regra de Substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. por Otto Carlos Vieira Ritter Von Adamek. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 157, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/192687>, p. 9; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 75.

4.2 MARCOS TEMPORAIS DA RESOLUÇÃO DO VÍNCULO SOCIETÁRIO

A fixação precisa do momento em que se opera o desfazimento do vínculo societário assume importância fundamental na apuração de haveres. Quando um sujeito decide contratar sociedade, seja na sua constituição ou por adesão posterior, adquire posição jurídica específica que compreende direitos e deveres políticos e patrimoniais típicos da relação societária - o *status socii*⁴⁹.

A delimitação temporal do rompimento deste vínculo é essencial para aferir tanto a exigibilidade de deveres e responsabilidades quanto para resguardar direitos, especialmente o creditório relativo aos haveres. Para tanto, o legislador estabeleceu cinco hipóteses distintas de resolução do vínculo societário, cada qual com seu marco temporal específico.

Na primeira delas, o falecimento do sócio, o termo inicial é a data do óbito, ressalvada a possibilidade de sucessão do *status socii* pelos herdeiros quando houver previsão contratual ou se tratar de sociedade com livre circulação acionária.

A segunda hipótese se refere à retirada imotivada de sócio em sociedade por prazo indeterminado, o marco temporal se fixa no sexagésimo dia após o recebimento da notificação pela sociedade (art. 1.029 CCB). Esse prazo decorre do exercício do direito potestativo de retirada, que opera extrajudicialmente por meio de declaração unilateral e receptícia de vontade, com caráter resilitório⁵⁰.

O direito de recesso, por sua vez, como método de subtração à vontade majoritária⁵¹, tem aplicação restrita no âmbito das sociedades com estrutura de capital prevalecente e caráter institucional. Sua exercitabilidade limita-se aos casos expressamente previstos, como nas sociedades limitadas (art. 1.077, CCB) e anônimas (arts. 109 e 137, LSA). Nessa hipótese, a extinção do vínculo associativo se materializa com o recebimento da notificação pela sociedade, operando-se também extrajudicialmente⁵².

Quando a dissolução parcial decorre de retirada por justa causa em sociedade por prazo determinado ou de exclusão judicial (art. 1.029 e 1.030, CCB), o marco temporal coincide com o trânsito em julgado da decisão constitutivo-negativa. A partir deste momento, opera-se a transformação do *status socii*, convertendo a posição jurídica do ex-sócio em terceiro credor da sociedade.

A quinta e última hipótese refere-se à exclusão extrajudicial, que, por sua vez, tem como marco temporal a data da assembleia ou reunião de sócios (art. 1.085, CCB), que, por decisão da maioria, deliberou pelo afastamento, desde que o sócio excluído tenha sido

49 ASCARELLI, Túlio. O Contrato Plurilateral. In: **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 491-492.

50 A caracterização do direito de retirada como potestativo encontra-se consolidada na doutrina especializada, que o reconhece como poder formativo extintivo do vínculo societário (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 79).

51 SZTAJN, Rachel. **Direito de Recesso**. 1982. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 15.

52 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von., op. cit., p. 82.

regularmente convocado. Os efeitos dessa deliberação operam-se *interna corporis* imediatamente.

Hipótese particular ocorre nas sociedades compostas por apenas dois sócios. Nestes casos, o legislador estabeleceu que o marco temporal para a exclusão extrajudicial deve considerar a data do registro da alteração contratual na Junta Comercial (art. 1.085, parágrafo único, CCB). Essa previsão, embora não expressamente contemplada no CPC, aplica-se em caráter supletivo por força do microsistema societário.

A importância dessa disciplina temporal no processo dissolutório reflete-se diretamente no cálculo dos haveres, pois determina o momento de conversão dos direitos societários em direitos creditórios, assim, funcionando como elemento estruturante do próprio procedimento de dissolução parcial.

4.3 CRITÉRIOS DE APURAÇÃO E BALANÇO DE DETERMINAÇÃO

O sistema jurídico brasileiro estabelece a prevalência dos critérios convencionados pelos sócios para apuração de haveres. Na ausência de disposição contratual, aplica-se o método supletivo previsto nos artigos 1.031, §2º do Código Civil e 604, II, §3º, 606 e 609 do CPC.

O referido método fundamenta-se na apuração do valor patrimonial (art. 609, CCB), que deve refletir a situação da sociedade (art. 1.031, caput, CCB) no momento da dissolução. Essa apuração ocorre através de balanço de determinação, instrumento contábil específico que considera tanto os elementos do ativo, sejam eles tangíveis ou intangíveis, quanto do passivo, todos avaliados a preço de saída.

A adoção do critério de apuração do valor da quota a ser liquidada suscita relevante divergência doutrinária e jurisprudencial, como bem documenta Mauricio Fabbri⁵³ em extensa lista de julgados dissonantes. O debate central reside em duas questões fundamentais: a extensão do beneficiamento do sócio retirante pelos êxitos da empresa - se de maneira retrospectiva ou prospectiva - e a adequação de um critério unitário para todas as situações concretas.

Uma primeira corrente doutrinária critica a aplicação uniforme do método previsto no art. 606 do CPC, defendendo sua natureza meramente indicativa. Para estes autores, o critério deveria ser maleável conforme o caso concreto, permitindo uma projeção valorativa que reflita tanto a realidade momentânea quanto a prospectiva da atividade desenvolvida que seguirá empresariando⁵⁴.

Segundo esta visão, elementos como o aviamento - capacidade de a atividade produzir lucros - e o *goodwill* - diferença entre a projeção de rentabilidade e os bens do ativo a preço de mercado⁵⁵ - poderiam ser incorporados aos cálculos como bens intangíveis.

53 FABBRI, Mauricio. Fluxo de Caixa Descontado como Critério de Apuração de Haveres na Dissolução Parcial de Sociedade. *In*: PITTA, Andre Grunspun; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). **Direito Societário e Outros Temas de Direito Empresarial Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 713-720.

54 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von., op. cit., p. 85-89.

55 TRINDADE, Marcelo Fernandez; TANNOUS, Thiago Saddi. O art. 1.031 do Código Civil e a sua Interpretação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (Coord.). **Processo Societário**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin,

Em contraponto, outra vertente doutrinária defende a utilização do critério estritamente patrimonial, considerando a realidade mercadológica até o momento da apuração dos ativos. Essa posição fundamenta-se no argumento de que, uma vez desvinculado da sociedade, o sócio não mais se sujeita aos riscos da atividade, tornando inadequada qualquer projeção futura que poderia não refletir a realidade concreta⁵⁶.

A distinção fundamental entre estas correntes reside na opção entre avaliação econômica ou patrimonial. Enquanto a primeira privilegia a análise da dinamicidade da empresa, a segunda foca nos ativos isoladamente considerados. Importante ressaltar, contudo, que mesmo a adoção do critério patrimonial não afasta a necessidade de contextualização do conjunto patrimonial com a realidade mercadológica, tanto que o próprio art. 606 do CPC faz referência expressa ao “preço de saída”.

O balanço de determinação previsto em lei, alinhando-se à segunda corrente, deve ser elaborado com o objetivo específico de “calcular a porção do sócio retirante na riqueza acumulada” no momento da dissolução do vínculo societário, em consonância com os marcos temporais estabelecidos no art. 605 do CPC⁵⁷.

Peculiaridade relevante surge nos casos de apuração vazia ou negativa. Embora o sistema processual pressuponha que a liquidação da quota resultará em parcela creditória ao sócio retirante, não são incomuns situações de déficit patrimonial, inclusive em sociedades materialmente subcapitalizadas⁵⁸.

Nestas hipóteses, respeitadas as obrigações perante terceiros e a depender do tipo societário, aplica-se a regra do investimento a fundo perdido, segundo a qual “ainda quando o valor da quota seja negativo não pode o sócio de sociedade ser compelido a verter sua quota nas perdas se o capital estiver integralizado”⁵⁹.

Essa lógica indica que, assim como o capital social não pode verter em prol do sócio, este não pode ser compelido a contribuir além do que se obrigou no ato de subscrição, ressaltando-se a diferença entre contribuir para o capital e se obrigar perante terceiros. Em tais circunstâncias de déficit patrimonial, “o mais razoável e realista é autorizar o juiz a concluir pelo valor zero, sendo arbitrário obrigá-lo a afirmar um valor positivo em desacordo com os elementos de convicção existentes nos autos”⁶⁰.

2015, p. 502.

56 Id. Ibid, p. 503.

57 Id. Ibid, p. 500.

58 A subcapitalização material ocorre quando a sociedade não dispõe de recursos patrimoniais suficientes para realizar seu objeto social, seja por inadequação do capital inicial ou por perdas supervenientes que comprometem a estrutura patrimonial. Trata-se de uma manifesta desproporção entre o capital social e o objeto da sociedade. Esta situação assume especial relevância na apuração de haveres pois evidencia que o patrimônio líquido pode ser inferior ao próprio capital social nominal, impactando diretamente o valor a ser apurado.

59 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 91; TANTINI, Giovanni. **Capitale e Patrimonio. Nella Società per Azioni**. Padova: Cedam, 1980; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Procedimentos Especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14, 120.

60 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 92.

Para garantir a verificação desses valores, a apuração dos haveres, nos termos do art. 606 do CPC, deve observar o critério técnico estabelecido em seu parágrafo único, que determina a preferência por perito especializado em avaliação de sociedades, diretriz que serve como parâmetro de proporcionalidade tanto para a nomeação quanto para a fixação dos honorários.

O legislador previu ainda a possibilidade de revisão da data da resolução e do critério de apuração de haveres pelo juiz, a pedido da parte, antes do início da perícia. Essa previsão, contudo, tem sido objeto de severa crítica por França e Adamek⁶¹, que suscitam sua inconstitucionalidade, considerando que a data da resolução é pautada no trânsito em julgado do pronunciamento dissolutório, permitindo-se, de maneira equivocada, a revisão de matéria já decidida.

Em sentido diverso, Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁶² entendem que o CPC estabeleceu exceção “à regra geral de preclusão das questões decididas (art. 507, CPC)”, aplicável apenas diante de elementos novos provocados pelas partes que possam alterar os critérios já fixados.

É possível ainda vislumbrar no dispositivo espécie de juízo de retratação em casos de antecipação de tutela em sentença dissolutória ainda sujeita à apelação, mas já produzindo efeitos que justifiquem liquidação provisória - interpretação que se harmoniza com a sistemática da primazia do mérito, da justeza das decisões e da eficiência (arts. 4º a 8º, CPC) e encontra hipótese semelhante, como a sentença que julga a improcedência liminar do pedido, suscetível de retratação (art. 332, CPC).

Portanto, a disciplina da apuração de haveres revela-se complexa tanto em seus aspectos materiais quanto procedimentais. A possibilidade de revisão judicial dos critérios, embora controversa na doutrina, completa este arcabouço normativo que visa assegurar a adequada verificação dos valores sem comprometer a preservação da empresa.

4.4 PAGAMENTO E LIQUIDAÇÃO DOS HAVERES

A liquidação dos haveres na dissolução parcial de sociedade contempla dois aspectos fundamentais: a definição temporal dos direitos patrimoniais do sócio retirante e o regime de pagamento propriamente dito.

Quanto ao primeiro aspecto, conforme disciplina o art. 608 do CPC, até a data da resolução do vínculo societário, integram o montante devido ao ex-sócio, ao espólio ou aos sucessores daquele, a participação nos lucros, os juros sobre capital próprio declarados pela sociedade e, quando for o caso, a remuneração a título de *pro labore*.

Com efeito, tal mecanismo processual torna-se particularmente relevante nos casos de tutela provisória concedida ou ratificada em sentença (art. 1.012, §1º, V, CPC),

61 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 92.

62 ; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 741.

quando é possível antecipar os efeitos do afastamento do sócio excluindo e, consequentemente, suas remunerações.

A situação demanda especial atenção quando se trata de sócio-administrador nomeado no contrato social, uma vez que seu afastamento da gestão depende de decisão judicial (art. 1.019, CCB)⁶³. Nestes casos, impõe-se a adoção de medidas que resguardecem os direitos patrimoniais e políticos essenciais dos sócios, como o depósito em juízo dos lucros apurados enquanto a demanda não transita em julgado.

No que se refere aos encargos acessórios, o parágrafo único do artigo 608, anteriormente mencionado, estabelece que os encargos incidentes sobre os valores apurados a título de haveres serão acrescidos de correção monetária, juros contratuais e legais somente a partir da data da dissolução do vínculo, vedada sua retroação, ressalvadas as hipóteses em que houver antecipação dos efeitos do desligamento.

O regime de pagamento, por sua vez, segue a lógica da autonomia privada que permeia todo o instituto da dissolução parcial. O ordenamento estabelece a prevalência dos critérios convencionados pelos sócios, aplicando-se subsidiariamente as disposições do art. 1.031, §2º do Código Civil.

O meio de pagamento é, em regra, em dinheiro, consequência direta da contabilização e incorporação das quotas ao patrimônio social autônomo, inexistindo vinculação com os bens originalmente aportados pelo sócio quando do seu ingresso na sociedade. Essa sistemática decorre das próprias funções de avaliação econômica e garantia creditícia que o capital social desempenha perante o mercado, não havendo correspondência necessária com eventuais bens aportados na organização⁶⁴.

A regra do pagamento em dinheiro comporta exceção quando houver consentimento do ex-sócio ou seus sucessores, admitindo-se o pagamento dos haveres *in natura*, através de dação em pagamento (art. 356 e ss., CCB). Esta modalidade excepcional exige a observância tanto das regras de disposição de bens da sociedade quanto da adequada estimativa dos bens em relação ao valor dos haveres apurados⁶⁵.

O prazo legal para pagamento, na ausência de disposição contratual específica, é de 90 dias contados do encerramento da apuração (art. 1.031, §2º, CCB). Esse termo visa proporcionar à sociedade o período necessário para reunião dos valores devidos. No entanto, assim como nas demais circunstâncias que envolvem haveres, prevalecerá o interesse dos sócios, quando dispuserem de maneira concertada sobre o termo para pagamento⁶⁶.

63 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Sociedade Simples. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (autores). CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. v. 2. 2. ed. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, n.p.; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 18ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0009626-90.2021.8.16.0000**. Rel. Juiz de Direito Substituto em segundo grau Luiz Henrique Miranda. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Julgamento em 10.05.2021.

64 DOMINGUES, Paulo de Tarso (autores). **Estudos de Direito das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 194-196.

65 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 96.

66 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (autores). CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. v. 2. 2. ed. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, n.p.

Portanto, o regime de liquidação dos haveres estabelece disciplina específica quanto aos direitos patrimoniais e seu pagamento, contemplando desde aspectos temporais e procedimentais, como a tutela provisória, até elementos materiais relativos ao meio e prazo para adimplemento, sempre considerando as particularidades de cada hipótese e a necessidade de harmonização entre o direito do sócio retirante e a preservação da sociedade empresária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sistematização processual da dissolução parcial de sociedade estabelecida pelo CPC/15 apresentou significativa complexidade em seus diferentes aspectos. O estudo desenvolvido identificou que o tratamento conferido a este procedimento especial enfrentou questões estruturais relevantes para o direito societário. À luz do percurso analítico, verificou-se que essas questões dialogam diretamente com os quatro eixos de investigação propostos na introdução, o que permite delinear com maior precisão o alcance e a consistência dos resultados obtidos.

A análise demonstrou que o procedimento especial abrangeu não apenas aspectos formais, mas questões materiais sensíveis ao direito societário. O exame da legitimidade e da relação processual revelou particularidades próprias de cada estrutura societária, demandando tratamento específico conforme a natureza do vínculo em questão. Esse conjunto de constatações reforça a importância do eixo relacionado ao regime de legitimidade, pois a conformação do litígio e a correta delimitação da participação dos sujeitos processuais dependem de compreensão adequada das especificidades organizacionais de cada sociedade.

O sistema de apuração de haveres estruturado pelo legislador processual estabeleceu marcos temporais e critérios técnicos que visam operacionalizar a dissolução parcial. Esse arcabouço normativo evidenciou a preocupação com a harmonização entre as diferentes realidades societárias e a necessidade de parâmetros objetivos para sua efetivação. A partir dessas reflexões emergiram debates substanciais, especialmente no que se refere à eventual adoção de elementos prospectivos como o *goodwill* ou aviamento, tema que permanece marcado por divergências doutrinárias e que evidencia a necessidade de aperfeiçoamento conceitual e metodológico no tratamento da matéria.

O tratamento processual conferido ao instituto suscitou questões técnicas específicas quanto aos limites de sua aplicação, especialmente no que tange às sociedades não personificadas e anônimas fechadas. Estas particularidades demonstraram a necessidade de compreensão das diferentes estruturas societárias para adequada aplicação do procedimento especial. Tal constatação revela um ponto de tensão que ainda exige aprofundamento teórico, sobretudo a incongruência entre determinados pressupostos do direito material e a possibilidade de dispensa da citação da sociedade em algumas hipóteses, o que repercute diretamente na coerência sistêmica da disciplina.

As conclusões alcançadas apontaram para a necessidade de futuras investigações sobre aspectos específicos do procedimento, notadamente quanto à harmonização entre

os critérios legais e contratuais de apuração de haveres, bem como sua operacionalização nas diferentes realidades societárias contempladas pelo sistema processual. A conjugação de todos esses elementos demonstra que, embora o instituto tenha recebido estrutura normativa abrangente, sua plena maturação dogmática e sua aplicação uniforme ainda dependem de avanços interpretativos capazes de consolidar respostas mais estáveis e coerentes, de modo a aprimorar a racionalidade decisória e a consistência do próprio modelo procedimental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da Empresarialidade**. As Empresas no Direito. Coimbra: Almedina, 1999.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Ampliação do Papel Cognitivo do Réu no Processo: análise do binômio risco x responsabilidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP (UERJ)**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 3, set./dez. 2021. pp. 508-522.
- ASCARELLI, Túlio. O Contrato Plurilateral. In: **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.
- BARBOSA, Henrique Cunha. **A Exclusão do Acionista Controlador na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BORGES, José Eunapio. Sociedades de Pessoas e Sociedades de Capital: A sociedade por quotas, de responsabilidade limitada. **Revista da Faculdade de Direito (UFMG)**, Belo Horizonte, pp. 27-76, v. 1, 1946 p. 30-34. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/486>. Acesso em: 12 out. 2024;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no REsp n. 1.494.325/SP**. Rel. Maurício Pessoa. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgamento em 03.03.2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Apeleação Cível 1009561-58.2019.8.26.0004**. Rel. Cesar Ciampolini. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgamento em 06.04.2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Apeleação Cível 1004893-12.2017.8.26.0005**. Rel. Maurício Pessoa. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgamento em 03.03.2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 18ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0009626-90.2021.8.16.0000**. Rel. Juiz de Direito Substituto em segundo grau Luiz Henrique Miranda. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Julgamento em 10.05.2021.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- DIAS, Jean Carlos; ARAÚJO, José Henrique Mouta; FERRO E SILVA, Michel; SILVA, Adelman Oliveira; HOMCI, Arthur Laércio; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Curso de Processo Civil**. Processo de Conhecimento. 2. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e Patrimônios Sociais, Lucros e Reservas. *In*: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. (Coord.). MAIA, Pedro; RAMOS, Maria Elisabete; MARTINS, Alexandre Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso (autores). **Estudos de Direito das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2010.

FABBRI, Mauricio. Fluxo de Caixa Descontado como Critério de Apuração de Haveres na Dissolução Parcial de Sociedade. *In*: PITTA, Andre Grunspun; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). **Direito Societário e Outros Temas de Direito Empresarial Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Sociedade Simples. *In*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (autores). CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. v. 2. 2. ed. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

FRAZÃO, Ana. O STJ e a dissolução parcial de sociedade por ações fechadas. **Revista do Advogado (AASP)**, São Paulo, a. XXXIX, n. 141, pp. 9-18, abr. 2019.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade Limitada. *In*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (autores). CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. v. 2. 2. ed. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, a. XXIII (nova série), n. 54, abr./jun., p. 67-72, 1984.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, João Paulo Hecker da. Apontamentos sobre Relações entre Algumas Demandas Societárias sob a Égide do Novo Código de Processo Civil. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (Coord.). **Processo Societário**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. A Tipologia Societária e a sua Função Econômica. Dissolução Parcial da Sociedade Anônima Fechada, Princípio da Intangibilidade do Capital e Caráter Institucional da Empresa. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (Coord.). **Processo Societário**. v. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

[referência ao(s) autor(es) suprimida]; GÓES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução Parcial da Sociedade por Exclusão de Sócio e a Contribuição dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP (UERJ)**, Rio de Janeiro, a. 16, v. 23, n. 3, set./dez. 2022. pp. 184-220.

PARGENDLER, Mariana. **How Universal is the corporate form? Reflections on the dwindling of corporate attributes in Brazil**. 2018. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3126838>. Acesso em: 12 out. 2024).

PEIXOTO, Ravi; LUCENA, Tamyres Tavares de. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade: uma análise dos aspectos polêmicos. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 13, Jul.-Set./2019.

- PELA, Juliana Krueger. O Regime de Responsabilidade dos Sócios e a Aplicação das Regras das Sociedades Simples. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, pp. 35-44, n. 166/167, 2014.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine Generali del Diritto Civile**, 9. ed., Napoli: Jovene, 2012.
- SPINELLI, Luis Felipe. **A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada**: fundamentos, pressupostos e consequências. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-21082017-141154. Acesso em: 30 de nov. 2025.
- SPINELLI, Luis Felipe. Interpretação do estatuto social. *In*: **AGIRE - Direito Privado em Ação**, n.º 103, 2024. Disponível em: <<https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire103>>. Acesso em 01 de dez. 2025.
- SZTAJN, Rachel. **Direito de Recesso**. 1982. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982.
- TANTINI, Giovanni. **Capitale e Patrimonio. Nella Società per Azioni**. Padova: Cedam, 1980.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Procedimentos Especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TRINDADE, Marcelo Fernandez; TANNOS, Thiago Saddi. O art. 1.031 do Código Civil e a sua Interpretação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (Coord.). **Processo Societário**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- WIEDEMANN, Hebert. **“Excerto do ‘Direito Societário’ I – Fundamentos”**. Trad. de Erasmo Valla-dão Azevedo e Novaes França. *RDM*, n. 143/66. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- WIEDEMANN, Herbert. Vínculos de Lealdade e Regra de Substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. por Otto Carlos Vieira Ritter Von Adamek. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 157, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/192687>. Acesso em: 20 nov. 2024.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A ADC N° 48: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS EM RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS ENVOLVENDO CONTRATOS DE TRANSPORTADORES AUTÔNOMOS DE CARGA (TAC)

THE JURISDICTION OF LABOR COURTS AFTER
CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 48: AN ANALYSIS OF
MONOCRATIC DECISIONS IN CONSTITUTIONAL CLAIMS
INVOLVING CONTRACTS OF SELF-EMPLOYED FREIGHT
CARRIERS

Isadora Barcelos Viana¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo examinar os efeitos da ADC n° 48 – que declarou a constitucionalidade da Lei n° 11.442/2007 – na atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao crescente aumento das Reclamações Constitucionais que a invocam como precedente. A pesquisa adota abordagem qualitativa, baseada na análise da ADC n° 48 e da Lei n° 11.442/2007, bem como na análise do Painel de Reclamações, com a seleção e análise daquelas que discutem a competência para apreciar alegações de fraude em contratos de Transportadores Autônomos de Carga (TAC). O estudo é complementado por consulta a documentos institucionais e a referências bibliográficas selecionadas. Os resultados evidenciam que, após a ADC n° 48, houve substancial aumento das controvérsias relativas à competência da Justiça Comum e a da Justiça do Trabalho, revelando divergências internas no Tribunal e indicando a necessidade de maior definição dos limites jurisdicionais para reduzir a recorrência de Reclamações Constitucionais invocando o precedente e para a criação de meios que garantam o devido acesso jurisdicional do trabalhador.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Tribunal Superior do Trabalho; ADC 48; Transportador Autônomo de Carga; Reclamação Constitucional.

ABSTRACT: This article aims to examine the effects of ADC No. 48 – which declared the constitutionality of Law No. 11,442/2007 – on the performance of the Federal Supreme Court in light of the growing number of Constitutional Claims that invoke it as a precedent. The research adopts a qualitative approach, based on the analysis of ADC No. 48 and Law No. 11,442/2007, as well as on the review of the Constitutional Claims Panel, through the selection and examination of those that address the jurisdiction to assess allegations of fraud in contracts of Autonomous Cargo Carriers (TAC). The study is complemented by consultation of institutional documents and selected bibliographic references. The results show that, following ADC No. 48, there has been a substantial increase in controversies concerning the jurisdiction of the Common Courts and the Labor Courts, revealing internal divergences within the Court and indicating the need for a clearer definition of jurisdictional boundaries to reduce the recurrence of Constitutional Claims invoking the precedent and to create mechanisms that ensure proper judicial access for workers.

Keywords: Federal Supreme Court. Higher Labor Court. ADC 48. Autonomous Cargo Transporter. Constitutional Claim.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Estagiária no Supremo Tribunal Federal, atuando na Secretaria-Geral de Precedentes (SPR) no período de 2025 a 2026.

1. INTRODUÇÃO

Na sessão virtual do dia 15 de abril de 2020 o Supremo Tribunal Federal (STF) consagrou, por maioria dos votos, a constitucionalidade da Lei nº 11.442/2007,² proveniente dos pedidos formulados na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 48.³ A Confederação Nacional dos Transportes (CTN), autora da ação, insurgiu-se devido à resistência da Justiça do Trabalho em aplicar a referida lei que estabelece as peculiaridades da atividade econômica do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC), especialmente no que concerne ao Transportador Autônomo de Carga (TAC) e seu respectivo regime jurídico. A controvérsia central da postulação se refere à adequação constitucional do dispositivo da lei que prevê que as relações decorrentes do contrato estabelecido entre o TAC não constituem, em nenhuma hipótese, caracterização de vínculo de emprego.

Apesar da procedência da ação, os ministros Edson Fachin e Rosa Weber divergiram do relator por entenderem que a lei esvazia a necessidade de sopesar a prevalência do princípio da primazia da realidade ao afastar expressamente o reconhecimento de relação de emprego, deixando incerto e inseguro o direito do trabalhador ao serviço jurisdicional que averigue a existência ou não dos requisitos para configuração de relação de emprego. Essa divergência expôs um ponto sensível para a compreensão posterior do precedente: até que ponto a decisão da ADC 48 limita a atuação da Justiça do Trabalho na análise da realidade fática da prestação de serviços?

A despeito do julgamento pela Suprema Corte, o tema continuou a gerar intensa litigiosidade. Das 16.507 Reclamações (Rcl) autuadas no STF entre janeiro de 2024 e junho de 2025, 2.615 evocaram como precedente violado o *quantum* decidido na ADC nº 48, sendo o segundo precedente com maior prevalência entre as Rcl's.⁴ A relevância do artigo está na necessidade em se deter o olhar acadêmico ao constante aumento de Rcl's que demandam a prestação jurisdicional do Supremo, especialmente em matéria trabalhista.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a posição dos ministros em decisões monocráticas das Rcl's autuadas entre janeiro de 2024 e junho de 2025 que evoquem a ADC nº 48 como precedente violado. Busca-se identificar como os ministros têm se posicionado, em termos gerais, quanto ao foro competente para a constatação de fraude no contrato comercial caso haja hipótese de existência dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

Serão examinados, de forma sintética, os principais aspectos da Lei nº 11.442/2007 e do julgamento da ADC nº 48 (item 2) e as controvérsias daí decorrentes quanto à com-

2 **BRASIL.** Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2007/lei-11442-5-janeiro-2007-549026-publicacaooriginal-64305-pl.html>. Acesso em: 31 maio 2025.

3 **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 48. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 15 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=48&b=true>. Acesso em: 20 maio 2025.

4 **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Painel de Reclamações. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=a51de222-6d79-47ef-b7f7-68ae6c078738&sheet=f93e2f74-fd8a-4bbc-891d-87742695a89e&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall&theme=card>. Acesso em: 14 fev. 2025.

petência da Justiça do Trabalho (item 3). Em seguida, será apresentada a posição mais recente dos ministros em decisões monocráticas proferidas em Reclamações constitucionais (item 4), a qual será objeto de análise crítica (item 5), culminando nas potenciais conclusões do estudo (item 6).

2. A ADC 48 E O REGIME JURÍDICO DO TRANSPORTADOR AUTÔNOMO DE CARGA (TAC)

A Lei nº 11.442/2007 nasceu com o intuito de regulamentar a atividade de transporte rodoviário de cargas (TRC) no Brasil, estabelecendo um regime jurídico específico para sua execução e disciplinando a relação entre empresas transportadoras e prestadores de serviço autônomos. Um dos elementos centrais da legislação é a definição do Transportador Autônomo de Carga (TAC) como profissional que realiza o transporte de forma independente, mediante contrato civil, utilizando veículo próprio ou arrendado, sendo revestido de responsabilidade pelos riscos da atividade.⁵ A Lei instituiu, portanto, a licitude da terceirização da atividade-fim e a diferenciação entre motorista empregado e motorista autônomo, sendo que a principal distinção reside na titularidade do veículo a ser utilizado.

A Lei estabelece que a relação entre o TAC e a empresa tomadora do serviço é de natureza comercial, fundada na autonomia da vontade e na livre iniciativa, afastando expressamente no artigo 5º, §3 a caracterização de vínculo empregatício. Na referida redação está previsto que a atividade “não caracteriza vínculo de emprego em nenhuma hipótese”, o que gerou o núcleo da presente controvérsia.

O problema jurídico surgiu quando diversos julgados da Justiça do Trabalho passaram a reconhecer a existência de vínculo empregatício mesmo diante de contratos formais de TAC, baseando-se no princípio da primazia da realidade, segundo o qual os elementos fáticos da relação prevalecem sobre sua forma jurídica.⁶ Esse movimento interpretativo gerou tensão entre o regime legal instituído e a atuação da Justiça do Trabalho que vinha afastando a eficácia da lei, o que motivou a Confederação Nacional dos Transportes (CNT) a ajuizar a ADC nº 48, julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3961.

Na ADI nº 3961,⁷ a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) arguiu a inconstitucionalidade do artigo 5º, caput e então parágrafo úni-

5 A esse respeito o inciso I do § 1º do art. 2º da Lei nº 11.442/2007 tem a seguinte redação: “O TAC deverá: I - comprovar ser proprietário, co-proprietário ou arrendatário de, pelo menos, 1 (um) veículo automotor de carga, registrado em seu nome no órgão de trânsito, como veículo de aluguel”.

6 Fato relatado pelo Ministro Relator da ADC nº 48 “A ADC foi proposta pela Confederação Nacional dos Transportes – CNT. Afirma-se na ação que, a despeito do teor expresso da Lei 11.442/2007, decisões da Justiça do Trabalho estariam negando aplicação à norma, ao fundamento de caracterizar terceirização ilícita de atividade-fim. Tais decisões sustentam que: (i) o legislador ordinário não poderia predefinir uma relação como autônoma, sem considerar, em concreto, a existência (ou não) de vínculo de subordinação, sob pena de violação do valor social do trabalho (CF/88, art. 1º, IV) e da proteção ao emprego (CF/88, art. 7º); (ii) a terceirização de atividade-fim é ilícita, à luz da Súmula 331 do TST; e (iii) verificados os requisitos caracterizadores da relação de emprego, nos termos da CLT (arts. 2º e 3º), é imperioso o reconhecimento do vínculo empregatício”.

7 **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3961. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 15 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 maio 2025.

co, da Lei nº 11.442/2007, por entender que a norma limita indevidamente a atuação da Justiça do Trabalho ao simultaneamente designar o foro da Justiça Comum e afastar, de forma absoluta, a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego, sem ressalva para situações de evidente fraude contratual. Além disso, a entidade também questionou o prazo prescricional previsto no artigo 18, que dispõe: “Prescreve em 1 (um) ano a pretensão à reparação pelos danos relativos aos contratos de transporte, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano pela parte interessada”. Segundo a autora, tal previsão comprometeria a garantia constitucional de acesso à justiça, especialmente no âmbito trabalhista.

No julgamento conjunto da ADC nº 48 e da ADI nº 3961, prevaleceu entre os ministros do STF o entendimento pela **constitucionalidade integral** da Lei nº 11.442/2007. De maneira sintética, o ministro relator, Luís Roberto Barroso, destacou em seu voto que as constantes transformações do processo produtivo — intensificadas com o modelo organizacional toyotista — levaram à reestruturação global das formas de trabalho, exigindo arranjos jurídicos compatíveis com a dinâmica econômica vigente. Recordou, nesse ponto, que a terceirização da atividade-fim já havia sido consolidada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324⁸ e do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, *leading case* do Tema 725 da repercussão geral.

Outro aspecto enfatizado pelo relator foi a distinção entre o TAC e o motorista profissional empregado. Conforme seu voto, o TAC não reúne os elementos caracterizadores da relação de emprego — subordinação, pessoalidade e não eventualidade⁹. Ademais, a exigência legal de que o TAC utilize veículo próprio ou arrendado, devendo “comprovar ser proprietário, co-proprietário ou arrendatário de, pelo menos, um veículo automotor de carga registrado em seu nome”, reforça, segundo o relator, a autonomia e a natureza comercial da relação.

O ministro Alexandre de Moraes, acompanhando a maioria, ressaltou que a terceirização da atividade-fim como modelo organizacional é plenamente compatível com a Constituição, sobretudo à luz do princípio do livre exercício da atividade econômica, desde que não implique violação de direitos trabalhistas ou previdenciários. Diferenciou, em seu voto, a intermediação ilícita de mão de obra, voltada a fraudar direitos sociais, da terceirização legítima, afirmando que a distinção entre atividade-meio e atividade-fim não possui mais relevância jurídica para fins de licitude. Caso haja fraude mediante contrato civil,¹⁰ o Estado pode responsabilizar os envolvidos mediante a “análise da real natureza jurídica dos contratos”, de modo que o Direito não fique preso a mera forma normativa.

8 **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 30 ago. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 maio 2025

9 **BRASIL.** *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2025.

10 O Min. Alexandre de Moraes deixa claro que deverão ser assegurados os meios para que a hipótese de fraude seja devidamente combatida no seguinte trecho do voto: “Da mesma maneira, caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra, com afronta aos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores, se esconda formalmente em uma fraudulenta terceirização,

No tocante aos votos vencidos, o ministro Edson Fachin votou pela improcedência da ADC nº 48, sustentando que o ponto central da discussão não se limitava à licitude da terceirização, como havia sido enfatizado pelos votos anteriores, mas dizia respeito à natureza da relação jurídica entre o tomador de serviços e o TAC,¹¹ especialmente quanto às garantias constitucionais do devido processo legal, do prazo prescricional adequado e da competência material da Justiça do Trabalho.

Para o ministro, a solução deveria observar a plena incidência do princípio da primazia da realidade, de modo que a forma contratual não pudesse impedir o exame da efetiva prestação de serviços.¹² Assim, ao estabelecer no art. 5º a absoluta proibição de reconhecimento de vínculo de emprego, a Lei nº 11.442/2007 cria obstáculo à análise factual e viola o art. 7º e seus incisos, bem como o art. 114, I, da Constituição da República (CR).

Por fim, a ministra Rosa Weber acompanhou a divergência, sublinhando que a definição prévia do vínculo jurídico, sem análise do caso concreto, impede a subsunção dos fatos à norma e pode viabilizar fraudes trabalhistas. Reforçou que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência existem em função da dignidade humana, devendo a liberdade econômica coexistir com a proteção social. Em razão disso, entendeu pela inconstitucionalidade do art. 5º pois sua redação não assegura ao trabalhador o acesso à jurisdição sempre que houver controvérsia sobre a configuração de vínculo empregatício.

3. A CONTROVÉRSIA SOBRE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO:

Após as modificações advindas da Emenda Constitucional (EC) nº 45, o artigo 114 do texto constitucional¹³ passou a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

por meio de contrato de prestação serviços, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização, pois o Direito não vive de rótulos, mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos”.

11 Conforme o texto da ADC nº 48, “O que se problematiza é a natureza da relação que se estabelece entre os contratantes de transporte de cargas, sejam eles pessoas físicas entre si, sejam pessoas jurídicas e físicas, principalmente sob o argumento de que a norma impugnada contraria a Constituição, notadamente, os artigos 5o, LIV (devido processo legal); 7o, XXIX (prescrição para demandas trabalhistas), e 114, I (competência da Justiça do Trabalho) da Constituição da República de 1988”, ou seja, para o Min. Edson Fachin, a questão debatida na ADC versava mais sobre a proteção dos aspectos processuais trabalhistas do que sobre a licitude da atividade econômica e sua modalidade.

12 Nas palavras do Min. Edson Fachin: “Explico com mais clareza: a regulamentação infraconstitucional não pode, de forma abstrata e generalizada, impor natureza comercial ao vínculo decorrente do contrato de transporte rodoviário de cargas, excluindo, aprioristicamente, o regime de direitos fundamentais sociais trabalhistas preconizado pelo art. 7o da Constituição da República, se, nessa relação, estiverem presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego”.

13 **BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 fev. 2025.

- IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
- VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A partir do julgamento da ADC nº 48 a competência da Justiça do Trabalho (JT) para identificar os elementos caracterizadores da relação de emprego nas relações contratuais de natureza comercial passou a ficar incerta.¹⁴ Foi acordado, entre os ministros, a constitucionalidade abstrata da Lei, nada impedindo sua adequação ao caso concreto, especialmente na possível identificação de fraude. Vale ressaltar que esse foi um entendimento unânime no julgamento. No entanto, não houve definição de critérios a serem utilizados para a proteção contra a fraude, apesar do reconhecimento dos ministros desse possível desdobramento.

Para a ANAMATRA,¹⁵ a constitucionalidade da Lei não impede a JT de fazer a análise prévia da existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego, pois essa função protecional está plenamente de acordo com o inciso I e IX do artigo 114 da CR.¹⁶

Na prática prevalece a interpretação de que compete à Justiça Comum (JC) fazer a análise da validade contratual do TAC. Na hipótese de fraude, encaminha-se para a JT analisar a existência de relação de emprego. Isso é o que consta no julgamento da Rcl nº 43.982, precedente paradigma de autoria do Min. Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

11. A confirmação da constitucionalidade dos dispositivos questionados na ADC 48 não implica autorização para contratações fraudulentas, *in concreto*. Como consta na tese firmada na referida ação declaratória, “*uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei no 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista*”. Em outras palavras, a discussão sobre a presença dos pressupostos e requisitos legais deve iniciar-se na Justiça Comum. Somente nos

14 O Min. Luis Roberto Barroso entendeu, durante o esclarecimento após o voto do Min. Edson Fachin, que: “Logo, se a hipótese que se puser concretamente for a de alguém que esteja trabalhando como empregado, eu concordo com o ministro Fachin. Mas, se esta for a hipótese, não incide a Lei. A hipótese que está prevista na Lei eu considero que é válida e legítima. Portanto, entendo a posição do ministro Fachin de explicitar isso, mas não há uma divergência de fundo, porque acho que a lei, com clareza, exclui a possibilidade desta malversação, salvo hipóteses de fraude”. Em outras palavras, o ministro entendeu que em alguns casos a lei pela lei não seria aplicável ao caso concreto, sendo necessário adaptar o entendimento no caso de fraude.

15 Na nota técnica, a ANAMATRA assim aduz: “(vi) a tese fixada não afasta a competência da Justiça do Trabalho, ao contrário disso, permite a aferição da existência, no caso concreto dos requisitos do vínculo empregatício ou, não existindo, dos requisitos da Lei no 11.442/2007”.

16 **BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 fev. 2025.

casos em que a Justiça Comum constate que não foram preenchidos os requisitos dispostos na Lei 11.442/2007, a competência passaria a ser da Justiça do Trabalho.

A adoção do entendimento segundo o qual a JC deve, em primeiro lugar, verificar a existência de fraude no contrato comercial de TAC para somente depois remeter o processo à JT gera, porém, duas controvérsias centrais. A primeira consiste na possível violação do devido processo legal e da competência constitucional da JT, que detém jurisdição exclusiva para apreciar controvérsias decorrentes de relações de emprego, inclusive quanto à sua existência ou não. Subordinar o reconhecimento do vínculo a um juízo prévio da JC pode restringir o exercício pleno da jurisdição trabalhista e afastar, ainda que indiretamente, o princípio da primazia da realidade.

A segunda controvérsia deriva da redução do prazo para impugnação. O artigo 18 da Lei nº 11.442/2007 estabelece prescrição de um ano para ações decorrentes do contrato civil de transporte. Surge então um impasse: e quando houver fraude explícita na contratação? Se o trabalhador for compelido a primeiro ajuizar demanda na Justiça Comum para discutir a natureza do contrato, haverá risco de perecimento do direito, pois, decorrido o prazo anual, não poderia mais pleitear na Justiça Comum o reconhecimento da fraude — o que impediria o acesso posterior à Justiça do Trabalho. O problema se intensifica porque, no âmbito trabalhista, o prazo prescricional aplicável à relação de emprego é de até cinco anos,¹⁷ o que garantiria a tutela adequada caso o trabalhador pudesse, desde o início, ajuizar diretamente a ação trabalhista requerendo a caracterização do vínculo. A exigência de uma “etapa prévia” na Justiça Comum, portanto, representa risco de esvaziamento material do direito e a possível afronta ao acesso à justiça.¹⁸

4. ANÁLISE DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS EM RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS

O número crescente de Reclamações Constitucionais que invocam a ADC 48 destaca a função e os efeitos deste instrumento no STF. A Reclamação Constitucional é um mecanismo processual de natureza excepcional, destinado a assegurar a autoridade das decisões da Suprema Corte e a preservar sua competência. Prevista no art. 102, I, l, da Constituição,¹⁹ tem como finalidade evitar que órgãos judiciais ou administrativos contrariem precedentes vinculantes ou usurpam a esfera de atuação do STF, funcionando como um instrumento de tutela estrutural do sistema de precedentes e da coerência interpretativa.²⁰ No caso das Reclamações envolvendo a ADC nº 48, o uso desse instrumento se dá principalmente para questionar a atuação da Justiça do Trabalho na apreciação de alegações de fraude em contratos de TAC.

17 A esse respeito, artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal e artigo 11 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

18 Conforme extraído do voto da Min. Rosa Weber na ADC nº 48: “Nada obstante, há que se resguardar o direito do trabalhador de acessar o Poder Judiciário no caso de controvérsia acerca da configuração do vínculo jurídico mantido entre as partes no cotidiano da prestação dos serviços”.

19 *In verbis*: “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

20 **DOURADO**, Aline Carlos. A reclamação no STF: natureza jurídica e função – forma de controle de constitucionalidade? Brasília: FESMPDFT, 2012. 60 p.

Para ser admissível, a Reclamação deve atender a requisitos estritos: existência de ato reclamado identificado, indicação do precedente supostamente violado, demonstração de aderência entre o ato impugnado e o conteúdo normativo do precedente e, quando aplicável, esgotamento das instâncias. No contexto das Reclamações que apontam violação à ADC nº 48, a controvérsia recai sobre a aferição da aderência entre decisões da Justiça do Trabalho e o que foi decidido pelo STF no julgamento da constitucionalidade da Lei nº 11.442/2007.

O processamento dessas Reclamações pode seguir diferentes trajetórias, escolhidas em função da complexidade da controvérsia, relevância da matéria e da aderência do caso concreto ao precedente. Entre as modalidades de andamento processual mais comuns e sistematizadas no painel de Reclamações do Supremo²¹ estão a negativa de seguimento monocrática, utilizada quando o relator entende ser evidente a inadmissibilidade; a procedência e a improcedência; o não provimento do agravo regimental; a rejeição dos embargos; a procedência em partes; e, em situações mais complexas, a remessa ao Plenário Virtual ou físico, reservada a casos que demandem uniformização do entendimento ou envolvam grande relevância, como foi o caso da Rcl nº 73295, *leading case* que deu origem ao primeiro IAC do Supremo.²²

Para esse item do presente trabalho, foi analisado o Painel de Reclamações do STF, página que discrimina uma série de dados das reclamações autuadas desde de 2023. Para fins de delimitação da análise, esse trabalho se restringe aos dados das Rcl's autuadas entre janeiro de 2024 e junho de 2025 que evoquem a ADC nº 48 como precedente violado. A partir desse filtro, encontram-se 2.615 Rcl's. Analisando o andamento processual desse quantitativo, 1.382 foram julgadas procedentes e 787 tiveram seu seguimento negado. Passando os números para porcentagem, temos 30% das Rcl's com o seguimento negado. Isso mostra de maneira abstrata o perfil de julgamento dos ministros, considerando que de maneira geral a Rcl é julgada monocraticamente.

Partindo para um filtro mais personalíssimo, passa-se a analisar o quantitativo dos andamentos processuais específicos de alguns ministros. Das 192 Rcl's distribuídas ao Min. Edson Fachin, 146 tiveram seu seguimento negado, 28 foram julgadas procedentes e 49 procedentes em partes. Sendo assim, 76% das Rcl's distribuídas ao ministro no período alegando violação do entendimento sedimentado na ADC 48 tiveram negativa de seguimento. Passando para o Min. Flávio Dino, sucessor da cadeira da Min. Rosa Weber, das 230 Rcl's distribuídas, 172 tiveram seu seguimento negado, 72 com Agravo Regimental provido, 59 foram sobrestadas e 28 providas. Cerca de 74% das Rcl's tiveram seu seguimento negado.

21 **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Painel de Reclamações. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=a51de222-6d79-47ef-b7f7-68ae6c078738&sheet=f93e2f74-fd8a-4bbc-891d-87742695a89e&opt=currsel%2Cc-txmenu&select=clearall&theme=card>. Acesso em: 14 fev. 2025.

22 A esse respeito, em novembro de 2025 o Supremo decidiu, pela primeira vez, criar um IAC próprio. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** STF assume competência em processo que trata de vínculo de servidora da Funasa. *Notícias STF*, [s. l.], 19 nov. 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-assume-competencia-em-processo-que-trata-de-vinculo-de-servidora-da-funasa/>. Acesso em: 04 dez. 2025.

A título de comparação, foram examinados os andamentos processuais dos ministros Alexandre de Moraes, da Primeira Turma, e André Mendonça, da Segunda Turma. O Min. Alexandre de Moraes recebeu em seu acervo 230 Rcl's. Destas, 159 foram julgadas procedentes, 96 tiveram negativa de seguimento e 94 a negativa de Agravo Regimental. Do total, cerca de 69% das Rcl's foram providas. Já adentrando ao acervo do Min. André Mendonça, das 262 Rcl's recebidas, 135 foram providas em parte,²³ 111 julgadas procedentes, 49 com Agravo Regimental improvido e 30 com seguimento negado. Com isso, o ministro negou o seguimento de pouco mais de 11% das Rcl's.

A análise do comportamento decisório dos ministros evidencia uma divisão clara de posturas. Foi identificado que os ministros Edson Fachin e Flávio Dino adotam posição mais restritiva, negando seguimento às Reclamações quando identificam ausência de aderência estrita entre o ato reclamado e o conteúdo normativo da ADC nº 48.²⁴ Para eles, a ADC nº 48 não pacificou a questão da competência da Justiça do Trabalho para examinar a existência de relação de emprego ou eventual fraude em contratos de TAC. Consequentemente, a atuação da Justiça do Trabalho sobre a verificação desses elementos, isoladamente, não configura afronta ao precedente, tornando desnecessário o prosseguimento da Reclamação.

Em contrapartida, os outros ministros tendem a prover totalmente ou em parte as Reclamações com maior facilidade, reconhecendo a possibilidade de controle sobre decisões da Justiça do Trabalho que, supostamente, extrapolem o entendimento consolidado na ADC nº 48. Nesse sentido, decidiu o Min. Luís Roberto Barroso na Rcl nº 43.982:

11. A confirmação da constitucionalidade dos dispositivos questionados na ADC 48 não implica autorização para contratações fraudulentas, *in concreto*. Como consta na tese firmada na referida ação declaratória, “*uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei no 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista*”. Em outras palavras, a discussão sobre a presença dos pressupostos e requisitos legais deve iniciar-se na Justiça Comum. Somente nos casos em que a Justiça Comum constate que não foram preenchidos os requisitos dispostos na Lei 11.442/2007, a competência passaria a ser da Justiça do Trabalho.

Essa diferença de postura se reflete diretamente no volume e na natureza dos andamentos processuais: ambos os ministros, Edson Fachin e Flávio Dino, concentram sua atuação em negativas de seguimento por falta de aderência estrita ao precedente arguido como violado, enquanto os demais ministros analisam o mérito de forma mais direta, podendo determinar, inclusive, medidas, como a remessa à Justiça Comum, para garantir a observância do precedente, mesmo que a questão da competência da Justiça do Trabalho não tenha sido pacificada na ocasião da sessão virtual.

23 Nota-se que na maior parte das decisões em que o Min. André Mendonça concede o provimento em parte tem como embasamento a suspensão nacional dos respectivos processos em razão do julgamento do Tema 1389 da Repercussão Geral. Aqui evidencia-se o impacto da tentativa de composição da controvérsia objeto do presente trabalho. O início do sobrestamento se deu no dia 14 de Abril de 2025.

24 De acordo com o Regimento Interno do STF, a distribuição dos processos se dá de modo eletrônico a fim de assegurar a imparcialidade da escolha do destino que o acolherá.

No que se refere ao conteúdo das decisões, os ministros que adotam posição divergente sustentam que a Justiça do Trabalho pode, em determinadas situações, examinar indícios de fraude mesmo quando coexistam elementos da relação de emprego, ainda que sem pronunciamento prévio da Justiça Comum, com fundamento na competência constitucional prevista no artigo 114 da Constituição e no princípio da primazia da realidade. A posição majoritária, entretanto, sustenta que a primeira análise deve ocorrer na Justiça Comum, por se tratar de contratos regulados pelo direito privado comercial, sendo a intervenção da Justiça do Trabalho cabível após eventual declaração de nulidade ou fraude contratual.²⁵

Outro aspecto relevante identificado é que diversas Reclamações invocam a ADC nº 48 de maneira inadequada, tratando de temas que não se enquadram no regime jurídico do TAC, como contratos de motoristas de aplicativo ou outros modais econômicos ainda não regulamentados por lei própria. Apesar da aparente analogia entre o entregadores de aplicativo e os transportadores de carga, por exemplo, essas Reclamações apresentam baixa aderência temática à Lei que regulamenta os TAC e acabam por contribuir para o aumento nas ações tramitando no STF, gerando sobrecarga na análise monocrática e dificuldades interpretativas quanto à extensão do precedente e sua futura pacificação.

Por fim, a análise do Painel evidencia que as Reclamações que alegam violação à ADC nº 48 ocupam lugar de destaque entre as Rcl's autuadas no período observado, sendo o segundo precedente advindo do controle concentrado com maior número de ações autuadas, perdendo apenas para a ADPF nº 324, paradigma que garantiu a licitude da terceirização da atividade-fim e que gerou o esvaziando o entendimento da Súmula nº 331²⁶ do TST²⁷. Das 16.507 Rcl's, 3.147 evocam a ADPF nº 324 enquanto 2.615 trazem como precedente violado a ADC nº 48. O dado reflete a relevância do tema para a definição de limites jurisdicionais entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho, bem como para a proteção do direito dos trabalhadores e para a estabilidade do setor de transporte. Os dados quantitativos relativos a cada andamento processual, à posição de cada ministro e à ocorrência de Reclamações que envolvem temas não regulados complementam a avaliação da prevalência e do impacto da ADC nº 48 sobre a atuação do STF.

25 Aqui está o núcleo da contradição gerada pelo precedente. Nos votos em que foi provido a constitucionalidade da Lei nº 11.442/2007, ambos os ministros votantes salvaguardam que nos casos de alegada fraude deveriam ser observados critérios que visassem a proteção social do trabalhador. No entanto, na prática deliberativa das Rcl's, os ministros acabam suprimindo os direitos sociais laborais quando enfatizam a necessidade da análise prévia da Justiça Comum.

26 **BRASIL.** Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Trata da contratação de trabalhadores por empresa interposta. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 6 dez. 1993. Disponível em: https://www.tst.jus.br/jurisprudenciasumulas/-/asset_publisher/0JdiaaBsDq30/content/id/3225252. Acesso em: 31 maio 2025.

27 **MARTINS FILHO,** Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do Direito = Disputes between the TST and STF: a psychological analysis of Law. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social: RDT*, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fev. 2021. Edição disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/artigo-ives-gandra-filho1.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2025.

5. ANÁLISE CRÍTICA

A Lei nº 11.442/2007 deixa evidente a competência da JC para dirimir sobre os contratos comerciais: “§ 3º Compete à justiça comum o julgamento de ações oriundas dos contratos de transportes de cargas”. Sendo assim, o Supremo, ao julgar a ADC nº 48 deixou clara a licitude da prática contratual, e manteve, na forma da lei, o foro jurisdicional da JC. Em que pese, é cediço que existe uma morosidade extenuante nos processos tramitados na Justiça Comum, além de possuir peculiaridades diversas da JT, como o já explorado prazo prescricional de um ano, o que já evidencia o desbalanço entre a necessidade de iniciar o processo na JC e a possibilidade de verificar os requisitos da relação de emprego a priori na JT.

Isso posto, supondo, e há razão histórica para supor, que muitos trabalhadores podem vir a ser impelidos por grandes empresas²⁸ de transporte a preencherem os requisitos da Lei nº 11.442/2007 para a configuração de TAC, como na obtenção de um automóvel próprio ou arrendado, para assim poderem realizar contrato de prestação de serviço de natureza comercial. Posteriormente, em caso de fraude, ao buscar pelos seus direitos trabalhistas sob o véu da democracia e do princípio do devido processo legal, encaram uma longa fila processual para, no tardar de alguns bons anos, receberem a sentença judicial da fraude de seu contrato para a partir daí poder tão somente entrar com uma reclamação trabalhista na Justiça do Trabalho (JT), acrescentando mais alguns anos processuais até receber o bem da vida tutelado.

Pois bem, o detentor da jurisdição trabalhista seja no Tribunal Superior do Trabalho ou em toda a JT, ao receber um processo que verse sobre controvérsias trabalhistas originadas a partir de alegações de fraude contratual advinda da Lei nº 11.442/2007 tem a tendência de trazer para si, com base no princípio da celeridade processual, a sua prerrogativa máxima de avaliar a presença dos elementos formadores da relação de emprego. É de se ressaltar que o processo civil na JC é mais moroso que na JT, tendo em vista que questões trabalhistas em sua maioria possuem como bem tutelado o recebimento de verbas de caráter alimentício, daí advém a necessidade intrínseca na agilidade do processo.

A prevalência do entendimento, dentro da JT, de que, como o processo já está no acervo da jurisdição trabalhista e a pretensão é proteger o trabalhador, cabe a JT, na oportunidade, avaliar se há vínculo empregatício e evitar, portanto, a morosidade do processo civil. Entretanto, ao observar as decisões monocráticas realizadas pelos ministros do STF, enxergar-se a prevalência da anulação das decisões trabalhistas e sua posterior remessa à JC, salvo algumas poucas divergências proferidas pelo ministro Flávio Dino, o mais recente membro da casa, e do ministro Edson Fachin, ou quais tendem a negar seguimento às Rcl's por ausência de aderência ao precedente evocado.

28 **VALE**, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. As decisões trabalhistas no STF: a nossa “Era Lochner”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 86, n. 2, p. 262-279, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/176102>. Acesso em: 31 maio 2025

O que se buscou expor no presente artigo foram as lacunas deixadas na decisão da Suprema Corte brasileira quanto ao foro legitimado na hipótese de fraude contratual, levando em consideração a necessidade de preservar as garantias processuais trabalhistas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescente número de Reclamações Constitucionais tramitadas no Supremo Tribunal Federal que alegam violação ao *quantum* decidido na ADC nº 48 reflete a insuficiência do processo deliberativo constitucional que interpretou pela constitucionalidade da Lei nº 11.442/2007. O mero entendimento pela constitucionalidade da lei não dirimiu o procedimento a ser adotado na hipótese de fraude, fato que fomenta a violação dos direitos sociais do trabalhador, intrinsecamente associados à garantia da dignidade da pessoa humana. Como fora apontado pelo ministro Edson Fachin e pela Ministra Rosa Weber, o objeto central da ação não dizia respeito à licitude da terceirização da atividade-fim do Transporte Rodoviário de Carga mas sim às controvérsias geradas pela lei acerca da natureza da relação que se estabelece entre os contratantes de transporte de cargas, especialmente no que diz respeito às garantias sociais e processuais.

Uma das principais críticas levantadas pelos ministros no corpo do julgamento da ADC nº 48 é a previsão normativa do absoluto afastamento da configuração de relação de emprego e a limitação temporal de um ano para propositura de ação em juízo de matéria civil. No primeiro caso, evidencia-se na atividade jurisdicional das Rcl's uma possível confusão. O provimento da ADC nº 48 de fato faz com que o foro legitimado para julgar as ações oriundas dos contratos de Transportador Autônomo de Carga seja a Justiça Comum. No entanto, conforme também apontado pelo ministro Luís Roberto Barroso e pelo ministro Alexandre de Moraes, nos casos de fraude do contrato comercial não há o impedimento da efetiva fiscalização e responsabilização. Sendo assim, a questão dos legitimados a operarem tal controle contra a mácula contratual não é sedimentada, tendo em vista que não foi exaurido a questão relativa ao interesse constitucional da Justiça do Trabalho em processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho e outras controvérsias decorrentes dela. A controvérsia deixa uma lacuna passível de distintas interpretações, especialmente quando colidida com o dispositivo da lei que afasta *a priori* a relação de emprego sem a previsão de baliza com o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Da análise do Painel das Reclamações do STF observa-se que o caminho processual mais observado pelos ministros é da procedência da Reclamação que tem como pedido principal a anulação das decisões da justiça trabalhista e sua posterior remessa à Justiça Comum, com o fundamento de que foi estabelecido na ADC nº 48 que, como se trata de um contrato comercial, é necessário que a JC alegue a fraude antes da JT identificar os elementos caracterizadores da relação de emprego previsto na CLT. Das 2.615 Rcl's autuadas entre janeiro de 2024 e junho de 2025 que evocam a ADC nº 48 como precedente violado, 1.382 foram julgadas procedentes e 787 tiveram seu seguimento negado. Através dos dados infere-se que para a maior parte dos ministros o julgamento da ação declaratória estabeleceu a incompetência da Justiça do Trabalho mesmo em casos em que esta enxergue fraude

contratual, entendendo pela total aderência dos casos concretos ao precedente, conforme se demonstra na decisão da Rcl nº 43.982. Tal interpretação tem o condão de contribuir para a inobservância dos princípios do devido processo legal, da celeridade do processo, da primazia da realidade sobre a forma e para a restrição do acesso jurisdicional da justiça trabalhista, especialmente diante da redução em 80% do prazo prescricional para proposição da ação em Juízo Civil, saindo da proteção constitucional da prescrição quinquenal das matérias trabalhistas para o lapso temporal de um ano.²⁹

Em contrapartida, a análise do Painel de Reclamações revelou que os ministros Edson Fachin e Flávio Dino, de modo geral, negam seguimento às Rcl's por não identificarem aderência entre o precedente supostamente violado e os casos em que a Justiça do Trabalho reconhece elementos de relação de emprego. Entre as 192 Reclamações distribuídas ao primeiro no período analisado, 76% tiveram o seguimento negado; no caso do segundo, das 230 Reclamações sob sua relatoria, o percentual foi de 74%. Esse percentual contrasta com a média geral de 30% de negativas de seguimento nas Rcl's que alegam violação à ADC nº 48 julgadas monocraticamente pelo STF.

O impacto prático dessa divergência interpretativa é perceptível no aumento do número de RCLs que evocam a ADC nº 48, o que evidencia insegurança jurídica e sobrecarga do STF, especialmente por se tratar do segundo precedente advindo do controle concentrado com maior número de petições arguindo sua violação. Nesse contexto, a previsão do julgamento do Tema 1389 da Repercussão Geral do STF de autoria do ministro Gilmar Mendes surge como potencial referência para elucidar a questão, mas sua abrangência ainda é incerta para os casos concretos analisados, não fornecendo ainda resposta definitiva sobre a competência ou o procedimento adequado.

Diante desse cenário, conclui-se que a composição do tema é necessária para que haja maior clareza jurisprudencial e legislativa. Definir com precisão os limites de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum contribuiria para reduzir a litigiosidade, fortalecer o sistema de precedentes, evitando as atuais divergências que se demonstram cruciais para o caminho processual das reclamações, e assegurar o acesso jurisdicional efetivo ao trabalhador. Por fim, os resultados evidenciam que o tema permanece relevante e dinâmico, exigindo acompanhamento contínuo do STF, da doutrina e do legislador. É fundamental aprofundar o debate sobre a proteção dos direitos trabalhistas diante das possíveis fraudes na aplicação da Lei nº 11.442/2007, de modo a consolidar segurança jurídica e garantir uma interpretação coerente das normas que regem o transporte de cargas, sempre orientada pela justa proteção do trabalhador e pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAMATRA. Nota Técnica relativa ao Convênio NTADT – ANAMATRA n. 1/2024. Seção: Transportador Autônomo de Carga (TAC). Brasília, 2024. Disponível em: <https://11nq.com/mG10o>. Acesso em: 4 dez. 2025.

²⁹ Na forma do artigo 18 da Lei nº 11.442/2007.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - Exposição de Motivos. Disponível em: <https://encr.pw/exposicaomotivos>. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 fev. 2025.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2025.

BRASIL. Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2007/lei-11442-5-janeiro-2007-549026-publicacaooriginal-64305-pl.html>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 48. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 15 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=48&b=true>. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3961. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 15 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 30 ago. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 maio 2025

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Painel de Reclamações. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=a51de222-6d79-47ef-b7f7-68ae6c078738&sheet=f93e2f74-fd8a-4bbc-891d-87742695a89e&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall&theme=card>. Acesso em: 14 fev. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Trata da contratação de trabalhadores por empresa interposta. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 6 dez. 1993. Disponível em: https://www.tst.jus.br/jurisprudenciasumulas/-/asset_publisher/0JdiaaBsDq30/content/id/3225252. Acesso em: 31 maio 2025.

DOURADO, Aline Carlos. A reclamação no STF: natureza jurídica e função – forma de controle de constitucionalidade? Brasília: FESMPDFT, 2012. 60 p.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do Direito = Disputes between the TST and STF: a psychological analysis of Law. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social: RDT*, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fev. 2021. Edição disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/artigo-ives-gandra-filho1.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). 1980 (atualização consolidada). Disponível em: https://downloads.jfal.jus.br/portal-doc/regimento/Regimento_Interno-STF.pdf. Acesso em: 04 maio. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF assume competência em processo que trata de vínculo de servidora da Funasa. *Notícias STF*, [s. l.], 19 nov. 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/post/noticias/stf-assume-competencia-em-processo-que-trata-de-vinculo-de-servidora-da-funasa/>. Acesso em: 04 dez. 2025.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. As decisões trabalhistas no STF: a nossa “Era Lochner”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 86, n. 2, p. 262-279, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/176102>. Acesso em: 31 maio 2025

UNIÃO EUROPEIA: O INEVITÁVEL DESTINO DA EVOLUÇÃO POLÍTICA NA EUROPA FIRMADA PELA CONFEDERAÇÃO EMERGENTE

THE EUROPEAN UNION: THE UNAVOIDABLE COURSE OF EUROPE'S POLITICAL EVOLUTION TOWARDS AN EMERGING CONFEDERATION

Isabela Rodrigues Frossard¹

RESUMO: Este artigo analisa a natureza político-institucional da União Europeia (UE) a partir de uma perspectiva histórico-comparativa, examinando se o bloco pode ser caracterizado como uma confederação em processo de evolução para estruturas mais centralizadas. A pesquisa parte da hipótese de que, assim como ocorreu em arranjos confederativos clássicos — notadamente nos Estados Unidos, na Alemanha e na Suíça —, pressões internas e externas tendem a desencadear movimentos de consolidação institucional e fortalecimento de um poder centralizador. A segunda hipótese sustenta que a UE já apresenta elementos típicos de confederação moderna, ainda que sem uma Constituição comum, e que sua trajetória recente indica tendências crescentes de aprofundamento da integração. A metodologia utilizada consiste em uma revisão bibliográfica, com foco na identificação de padrões recorrentes de transição de sistemas confederativos para modelos federativos. Os resultados indicam que o percurso europeu reproduz, com adaptações contemporâneas, mecanismos semelhantes aos observados em experiências passadas, sugerindo que a UE representa um arranjo confederal em transformação, com potencial para evoluir, no longo prazo, para um modelo federativo moderno.

Palavras-chave: União Europeia; Confederação; Instabilidade Política; Evolução Política; Federalismo.

ABSTRACT: This article examines the political and institutional nature of the European Union (EU) from a historical-comparative perspective, assessing whether the bloc can be characterized as a confederation in the process of evolving toward more centralized structures. The study advances two main hypotheses. The first is that, as observed in classical confederal arrangements—such as those developed in the United States, Germany, and Switzerland—internal and external pressures commonly lead to institutional consolidation and the strengthening of central authority. The second hypothesis posits that the EU already exhibits essential features of a modern confederation, despite lacking a common Constitution, and that recent developments indicate a growing tendency toward deeper integration. The methodology employed consists of a literature review and a historical-comparative analysis aimed at identifying recurring patterns in the transition from confederal systems to federal models. The findings suggest that the European trajectory mirrors, with contemporary adaptations, mechanisms observed in past experiences, indicating that the EU may represent a confederal arrangement in transformation, with the long-term potential to evolve into a modern federal system.

Keywords: European Union; Confederation; Political Instability; Political Evolution; Federalism.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU.

1. INTRODUÇÃO]

A integração política constitui um dos processos mais complexos e significativos do mundo contemporâneo. A União Europeia (UE), originalmente concebida como um mecanismo de cooperação econômica, expandiu-se gradualmente para áreas políticas, institucionais e jurídicas, assumindo características que ultrapassam o modelo clássico de organização internacional. Apesar disso, a UE não se declara formalmente como confederação ou federação, suscitando debates teóricos relevantes sobre sua natureza institucional e sobre o grau de centralização política que o bloco tende ou não a assumir.

O problema que orienta este artigo consiste em examinar se a União Europeia, à luz de experiências históricas de arranjos confederativos, pode ser compreendida como uma confederação em processo de evolução para estruturas mais centralizadas, como uma federação. Tal questionamento é relevante, pois diversos sistemas confederativos (Estados Unidos, Alemanha e Suíça) enfrentaram pressões estruturais semelhantes, que os levaram, em última instância, à adoção de modelos federativos. A análise comparada desses casos pode contribuir para esclarecer o estágio atual da UE e os possíveis caminhos que ela poderá trilhar.

A escolha do tema se justifica pela relevância da Europa nos debates sobre governança multinível, pela recente e contínua intensificação de tensões geopolíticas externas e internas, e pela pertinência acadêmica de compreender se os mecanismos europeus de tomada de decisão, de distribuição de autoridade e de resolução de conflitos apresentam padrões análogos aos observados em confederações tradicionais. Assim, compreender a UE como uma possível “confederação em transição” pode oferecer instrumentos analíticos mais precisos ao estudo da integração dos países, aplicando a análise, inclusive, a outros blocos econômicos.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a União Europeia sob uma perspectiva histórico-comparativa, identificando elementos que a aproximem ou a distanciem dos casos que serão mencionados no estudo. Como objetivos específicos, pretende-se: (i) apresentar um enquadramento teórico sobre o conceito de confederação; (ii) examinar a trajetória de arranjos confederativos nos Estados Unidos, na Alemanha e na Suíça; (iii) identificar os fatores que conduziram esses sistemas à centralização política; e (iv) avaliar em que medida esses padrões podem ser observados no processo de integração europeia.

Metodologicamente, o estudo adota a revisão bibliográfica e a análise comparativa como ferramentas que permitam a interpretação da atual dinâmica europeia, com ênfase na identificação de regularidades históricas e institucionais que sugiram padrões ou “comportamentos” institucionais semelhantes diante dos mesmos fenômenos.

Para alcançar os objetivos, o artigo organiza-se em três partes principais: a primeira, que apresenta a definição e os elementos constitutivos das confederações; a segunda, que examina exemplos históricos, destacando seus processos de transição; e a terceira, que analisa a União Europeia à luz desse referencial comparativo.

A pesquisa adota uma abordagem **qualitativa**, fundamentada em **revisão bibliográfica**, e uma **análise histórico-comparativa**, que busca contemplar obras clássicas e contemporâneas sobre confederações, federalismo e integração europeia, abrangendo literatura das áreas de direito constitucional, ciência política e relações internacionais. Autores como Vattel, Economides, Jonathan Steinberg, Merrill Jensen e Dinan integram o referencial teórico utilizado para situar o conceito de confederação e compreender sua aplicação histórica e normativa.

A análise histórico-comparativa, por sua vez, examina três experiências paradigmáticas de arranjos confederativos — Estados Unidos, Alemanha e Suíça — com o objetivo de identificar padrões recorrentes de evolução institucional, sobretudo em contextos de tensão política. A partir desses casos, o estudo busca estabelecer parâmetros analíticos que permitam interpretar a trajetória da União Europeia. Trata-se, portanto, de uma metodologia que combina reconstrução histórica, interpretação institucional e inferência analítica.

A investigação parte de duas hipóteses centrais, sendo a primeira a de que pressões estruturais levam confederações à centralização política; a segunda, de que a União Europeia constitui uma confederação em processo de transformação.

Assim, sustenta-se, primeiramente, que sistemas confederativos tendem a adotar mecanismos de centralização quando submetidos a crises internas, ameaças externas ou desequilíbrios institucionais. Esse padrão observou-se de forma reiterada nas experiências dos EUA, da Alemanha e da Suíça, onde conflitos militares, disputas internas ou ineficiências decisórias resultaram na transição para modelos federativos ou para arranjos com maior autoridade central.

Em seguida, afirma-se que a UE já apresenta elementos característicos de uma confederação moderna, como soberania compartilhada, decisões intergovernamentais e autonomia estatal preservada, mas revela, simultaneamente, sinais crescentes de integração e fortalecimento institucional. A atuação do Banco Central Europeu, a jurisdição ampliada do Tribunal de Justiça da União Europeia, a gestão conjunta de crises e a ampliação das políticas comuns são indicativos de que o bloco caminha para formas mais avançadas de coordenação política.

As duas hipóteses mencionadas orientam a análise subsequente, permitindo avaliar em que medida a trajetória da UE reproduz padrões históricos identificáveis em outras experiências confederativas.

Importante ressaltar que o método não pretende esgotar a totalidade da experiência europeia, mas fornecer instrumentos conceituais que sirvam para compreender tendências estruturais e, a partir disso, extrair a natureza política da União Europeia.

O SURGIMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

Desde o século XVIII, já havia propostas² concernentes à integração europeia como forma de alcançar maior paz. Em 1713, por exemplo, Abbé de Saint-Pierre, escritor e filósofo francês, publicou a obra *“Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe”*. Seu

2 SAINT-PIERRE, Abbé de. *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*. Tome 1. [Paris]: 1713.

pensamento consistia na criação de um congresso nacional cujo objetivo era a resolução de problemas entre as nações. Apesar de utópica, a visão de Saint-Pierre, também muito visionária, contribuiu pioneiramente para o desenvolvimento dos organismos internacionais modernos e inspirou pensadores subsequentes a refletirem sobre os métodos para promover uma maior harmonia entre as nações.

Assim, em 1945, após o fim da Segunda Guerra Mundial, essas ideias começaram a ser tiradas do papel, visto que diversos países da Europa Ocidental passaram a assinar contratos que instituíam organizações voltadas à defesa da segurança, da democracia e do Estado de Direito. Já em 1950, o ministro das Relações Exteriores da França, Robert Schuman, influenciado pelo político francês Jean Monnet apresentou uma proposta de desenvolvimento do continente europeu baseado na integração industrial, evitando, com isso, possíveis conflitos armados³. A lógica era de que uma guerra se tornaria algo impensável entre países com tamanha simbiose econômica e interdependência de recursos. Essa proposta surtiu efeitos, pois seis países europeus assinaram o Tratado de Paris no ano seguinte, que estabelecia uma gestão comum para suas indústrias de carvão e aço.

Em 1952, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) foi criada⁴ e, anos mais tarde, os seis países que dela faziam parte decidiram ampliar a cooperação para outros aspectos e níveis. A construção de um mecanismo amplo de integração na Europa passou a abranger um número cada vez maior de setores, envolvendo a eliminação de impostos alfandegários entre as nações e o funcionamento de um mercado interno. Dessa maneira, o número de países europeus interessados aumentou e, em 1992, o Tratado de Maastricht foi assinado por 12 países (Alemanha, 2 Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Reino Unido), dando origem à União Europeia. Em seguida, houve preocupação para que fosse estabelecida uma estrutura de atuação bem delimitada para os países que fizessem parte da cooperação: o Tratado da União Europeia. Esse, por sua vez, criou regras para a constituição de uma união econômica e monetária – com o mercado único e a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais e a criação do euro –, além do desenvolvimento de uma política externa e segurança comuns e parceria em matérias de justiça e assuntos internos.

Desde 1995, a UE tem passado por sucessivas ampliações, tendo alcançado o número de 28 países-membros, sendo que, recentemente, um deles, o Reino Unido, exerceu sua autonomia e se retirou do bloco depois de um referendo popular constatar que 51,6% dos eleitores estavam descontentes e consideravam a participação britânica na União Europeia desvantajosa, evidenciando o direito secessionista vigente no Tratado.⁵

3 “The Schuman Plan was designed not merely to promote economic cooperation, but to bind France and Germany so closely together that war between them would become materially impossible.”. European Union. (1950). The Schuman Declaration.

4 TREATY establishing the European Coal and Steel Community (ECSC Treaty), Paris, 18 Apr. 1951. EUR-Lex. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=LEGISSUM:xy0022>. Acesso em: 10 dez. 2025.

5 BBC NEWS. *EU Referendum Results*. Disponível em: https://www.bbc.co.uk/news/politics/eu_referendum/results. Acesso em 10 dez. 2025.

Diante desse percurso, percebe-se que a União Europeia se consolidou não apenas como resultado de iniciativas econômicas sucessivas, mas como um arranjo político-institucional cuja complexidade ultrapassa os modelos tradicionais. A combinação entre soberania preservada, competências compartilhadas e processos decisórios supranacionais gerou uma estrutura que desafia as categorias clássicas do direito público e da teoria política. Por essa razão, a arquitetura constitucional europeia não pode ser plenamente compreendida por meio de analogias diretas com federações ou confederações, constituindo um fenômeno qualitativamente distinto. Essa singularidade, já perceptível desde suas primeiras fases de integração, tornou-se ainda mais evidente com a progressiva ampliação de competências, a consolidação de um mercado comum e o surgimento de instituições dotadas de forte legitimidade jurídica. Assim, o desenvolvimento inicial da União Europeia não apenas marca a superação de rivalidades seculares, mas inaugura uma forma inédita de cooperação política no cenário internacional.

2. O QUE É UMA CONFEDERAÇÃO?

De acordo com o Diário da República⁶, confederações representam uma união política de Estados soberanos unidos para fins de ação conjunta, geralmente acordadas por um tratado, mas que podem adotar uma Constituição comum. Desse modo, as confederações de Estados tendem a ser estabelecidas para lidar com questões de extrema relevância, como defesa, relações externas, comércio interno ou moeda, sendo o governo central obrigado a fornecer apoio a todos os seus membros. A natureza das relações entre os Estados-membros e o governo varia muito de confederação para confederação, tendo em vista que algumas se assemelham a federações, ao passo que outras se aproximam mais de organizações internacionais.

Entretanto, é possível afirmar com certa segurança que algumas características são comuns à maior parte delas, como a soberania dos Estados que a constituem e a descentralização política⁷. Sobre a primeira característica, o pensador suíço Emmerich de Vattel pontuou em seu livro *“The Law of Nations”*⁸ que “vários Estados soberanos e independentes podem unir-se por uma confederação perpétua sem que cada um, em particular, deixe de ser um Estado perfeito. As deliberações em comum não oferecerão violência à soberania de cada membro”. A outra distinção a ser feita, que não deixa de se relacionar com a soberania dos Estados, é no que tange ao poder e à autoridade do governo central. Diferentemente de uma forma federal de governo, em uma confederação as decisões políticas são baseadas no consenso (unanimidade) entre os membros que a constituem, ou

6 “Consiste numa associação de Estados soberanos, instituída por tratado (o pactum confoederationis), que visa a prossecução de determinadas atribuições, em geral, em matérias de defesa nacional e relações externas.” DIÁRIO DA REPÚBLICA. Confederação. Lexionário. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/confederacao>. Acesso em: 10 dez. 2025.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva. Acesso em: 10 dez. 20252

8 VATTTEL, Emer de. **The law of nations, or the principles of natural law: applied to the conduct and to the affairs of nations and of sovereigns.** Tradução de Charles G. Fenwick; introdução de Albert de Lapradelle. Omaha: Legal Classics Library, 1993.

seja, a autoridade central é relativamente fraca. Por essa razão, a efetividade desse tipo de cooperação se torna questionável, o que pode sugerir uma justificativa para a predominância do federalismo sobre o confederalismo no globo, e a transição desse para aquele, tão comum historicamente.

Para finalizar a definição, é necessário pontuar que o termo “confederação” tem se enriquecido ao longo dos anos. Em 1994, o ministro das Relações Exteriores da Grécia, Constantin Economides, foi convidado pelo presidente da Comissão de Veneza, Antonio Mario La Pergola, a escrever sobre esse conceito no livro “*The Modern Concept of Confederation*”⁹. De acordo com Economides (1994):

A moderna instituição da confederação é de relevância óbvia hoje. Num mundo profundamente abalado nos últimos anos por radicais e revolucionárias mudanças, num mundo inegavelmente em crise e que procura criar uma ordem e equilíbrio, a confederação como instituição tornou-se cada vez mais atual e, dada a sua flexibilidade, pode de fato desempenhar um importante papel regulatório.

Sob essa perspectiva, tem-se que a confederação seria um meio capaz de travar ou pelo menos atenuar o fenômeno da desintegração, uma tendência geralmente provocada pela prossecução de políticas fanáticas, irracionais e nacionalistas. Essas pautas não raramente brotam, crescem e contaminam o cenário político dos países, inclusive os Estados Democráticos de Direito, colocando em xeque os direitos fundamentais e a própria democracia. Mas, em um contexto de associação estável com outros Estados soberanos, a estrutura jurídico-política do Estado possuiria capacidade de lutar mais eficazmente contra as constantes ameaças que o afetam.

3.1. O CASO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Vale a pena mencionar alguns exemplos históricos marcantes dessa forma de governo, a começar pelo caso dos Estados Unidos da América.

Em meados do século XVIII, a Grã-Bretanha possuía treze colônias na América, que gozavam de um certo grau de autogoverno. É importante dizer que essas unidades coloniais começaram a se unir bem antes da independência - na verdade, foi justamente essa aproximação que, após vários contratemplos, permitiu a ruptura com a metrópole. Assim, o primeiro Congresso em Albany (1754), seguido por outro em Nova Iorque (1765) e depois a instituição de um “Congresso Continental” na Filadélfia, que se reuniu pela primeira vez em 1774 e a segunda em 1775, terminou por produzir a famosa Declaração de 4 de julho de 1776. Depois disso, os treze Estados, tendo conquistado a independência, buscaram construir algo duradouro, mas por terem receio de perder suas respectivas soberanias (tão dificilmente conquistadas) e sendo demasiado protetores de uma liberdade recém-descoberta, não desejavam fundir-se num grande Estado americano. Por esses motivos, decidiram parar em um acordo basicamente contratual.

9 VENICE COMMISSION. **The modern concept of confederation.** Proceedings of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Conference, Santorini, 22-25, 1994.

Esse acordo foi estabelecido pelo que ficou conhecido como “Artigos da Confederação e a União Perpétua”¹⁰, texto no qual são decididos o nome e as especificidades da confederação, como o funcionamento das instituições parlamentares. Além disso, descreve os objetivos da associação: a defesa comum dos seus membros, bem como a proteção da sua liberdade e prosperidade mútua, sendo que todos os poderes que não estivessem expressamente delegados aos Estados Unidos seriam mantidos pelos Estados-membros. O problema, entretanto, estava na falta de poder que o Congresso possuía sobre os cidadãos, pois suas decisões atingiam somente os Estados. Na realidade, faltava força até mesmo para influenciar os Estados a cumprirem suas obrigações. Assim, os parlamentares de cada Estado-membro possuíam poder legislativo para ir contra qualquer lei e desrespeitar qualquer direito fundamental.

Tendo em vista esse cenário caótico, em 1788, o Congresso propôs a Convenção Constitucional para organizar uma série de alterações nos Artigos da Confederação. Contudo, a maioria dos delegados chegou à Filadélfia com ideias diferentes (os Federalistas), com intenções muito mais ambiciosas e a determinação de revolucionar a estrutura da União e de torná-la um verdadeiro Estado com poderes soberanos próprios e autoridade legislativa direta. Essa nova Constituição, portanto, ratificou os Estados Unidos da América como um governo federal, possuindo uma centralização política maior na tentativa de lidar com as questões mais importantes da nação de forma efetiva.

3.2. O CASO DA ALEMANHA

Diferentemente dos Estados Unidos, a maioria dos Estados alemães tinham uma longa história quando se juntaram a uma confederação após as Guerras Napoleônicas. Eles já haviam se envolvido em um tipo de união pré-confederal durante séculos como parte do Sacro Império Romano-Germânico, uma entidade que, apesar de duradoura, não proporcionava uma unidade política efetiva. Durante a Era Napoleônica, o imperador francês Napoleão Bonaparte desmantelou o Sacro Império, e as mudanças políticas que ocorreram nesse período contribuíram para a consciência nacional alemã.

Após a derrota de Napoleão em 1815, depois das provações sofridas nas mãos dos exércitos franceses, as populações alemãs aspiravam a um tipo de união mais forte. O Congresso de Viena, então, buscou restaurar uma ordem política estável na Europa e, nesse contexto, criou a Confederação Germânica por meio do Ato Federal Alemão¹¹. Em 1820, foi estabelecida uma conferência intergovernamental também realizada em Viena, com um segundo tratado conhecido como Ato Final de Viena¹². Estes dois tratados de 1815 e 1820 formaram a base da Confederação Alemã (*Deutscher Bund*), contando com a participação de 41 membros. Os Estados que emergiram da Era Napoleônica ainda variavam muito em tamanho.

10 HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. USA. 1787.

11 *Deutsche Bundesakte* (1815).

12 *Wiener Schlussakte* (1815).

Havia dois grandes que dominaram os outros, o Império Austríaco e o Reino da Prússia, que eram de fato incluídos na Confederação apenas pelas suas posses alemãs. Depois vieram os reinos menores, além de principados e ducados. A Confederação pretendia manter a posição da Alemanha segura interna e externamente, bem como a independência e inviolabilidade dos seus Estados constituintes. Cada Estado deveria ter, preservar e defender um regime de Constituição autoritária baseada na mediatização do povo pela nobreza, pelas ordens clericais e pelos mercadores das cidades. A Confederação e cada Estado foram obrigados a impedir mudanças constitucionais e a preservar o desenvolvimento de liberdade de imprensa, a democracia e o nacionalismo alemão. Ainda, os tratados garantiam o direito à propriedade, à liberdade de ir e vir e ao pleno acesso à justiça em todos os Estados para todos os alemães, algo bastante notável para o direito da época. Importante detalhe: a Confederação foi declarada perpétua e indissolúvel, e aos seus membros foi negado o direito de secessão!

A existência da Confederação Alemã durou mais de cinquenta anos (de 1815 a 1866), uma vida que só se prolongou devido à dificuldade de encontrar uma solução para o problema da unificação. A estrutura confederal não funcionou muito bem na Alemanha, porque não era isso que o povo queria: teriam preferido uma Alemanha mais sólida. Além disso, uma confederação que esperasse associar cerca de quarenta Estados, pequenos e médios, a duas potências europeias genuínas, a Áustria e a Prússia, estava fadada a estar sob constante pressão. Os dois poderes acima mencionados opunham-se em pontos essenciais, sendo um deles protestante e principalmente alemão e o outro católico e multiétnico.

Dessa forma, em 1848-1849 foi feita uma primeira tentativa, mais liberal e democrática, porém sem sucesso, para unificar a Alemanha ou, mais precisamente, para transformar a Confederação Alemã num Estado Federal Alemão. Numa segunda tentativa, dessa vez bem-sucedida, em 1866-1867, a unificação baseou-se em um modelo muito mais autoritário. O embate entre a Prússia e a Áustria (Guerra Austro-Prussiana ou Guerra das Sete Semanas) foi um dos eventos-chave que levaram à unificação alemã. Embora a Prússia visse esta disputa como uma questão bilateral, a Áustria queria remetê-la ao *Bundestag* (parlamento), onde tinha aliados.

A Prússia, então, tomou isso como motivo para a secessão e a Áustria tentou trazê-la de volta à Confederação por meio de um procedimento de execução. Nesse caso específico, a aplicação da lei significava obviamente uma guerra, e a Prússia, que tinha se preparado cuidadosamente para as hostilidades, obteve uma vitória rápida. Com isso, muitos dos Estados do Norte também abandonaram a Confederação com a Prússia, por solidariedade, interesse ou medo. Após a batalha, a Confederação ficou apenas com a Áustria e alguns dos seus infelizes aliados. A Prússia logo exigiu a sua abolição formal e todos os tratados de paz continham uma cláusula reconhecendo a sua dissolução.

Assim, o arquiteto da vitória, Otto Von Bismarck, que foi primeiro-ministro da Prússia, ficou livre para empreender a unificação da Alemanha à sua maneira. Seria uma

Alemanha sem a Áustria, mas também sem os Estados do Sul. Nos seus esforços para elaborar uma Constituição, Bismarck teve de ter em mente os mesmos dois princípios que a Assembleia de Frankfurt possuía: a democracia e a monarquia. Foi estipulado que uma conferência de embaixadores prepararia um projeto, que seria então enviado a uma assembleia eleita por sufrágio universal (o *Reichstag*). Posteriormente, seria revisto pela conferência e finalmente apresentado aos Estados para aprovação. Para deixar claro que o *Reichstag* emanava dos Estados e não do povo alemão, os vinte e dois governos comprometeram-se a adotar leis eleitorais idênticas nos seus respectivos Estados para a eleição dos membros do Reichstag. Após eleitos, os membros do parlamento acabaram por adotar a Constituição em 1867 e a conferência ratificou-a no dia seguinte. A Constituição foi então submetida aos parlamentos dos Estados. Os vinte e dois parlamentos aprovaram-no nas semanas seguintes. O novo Estado foi oficialmente denominado Confederação da Alemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*).

É importante dizer que essa não era a continuação da Confederação Alemã (*Deutscher Bund*) numa área geográfica menor. Era uma estrutura completamente diferente. Em vez de tratados, lá agora existia uma Constituição. Em vez do *Bundestag*, havia agora um verdadeiro Parlamento, o *Reichstag*, e uma espécie de Senado, o *Bundesrat*, e este Parlamento aprovou leis diretamente aplicáveis às populações dos vinte e dois estados. Do ponto de vista jurídico, portanto, a unificação da Alemanha, ou seja, a associação de vários Estados num novo Estado, datava de 1 de julho de 1867. É evidente que esta Alemanha unida equivalia à Prússia e a alguns dos seus vizinhos menores. Passariam mais quatro anos até que a unificação fosse estendida aos estados do sul.

Portanto, para encerrar o caso germânico, a Guerra Franco Prussiana proporcionou a oportunidade para uma reaproximação decisiva. Ao abrigo de uma série de tratados concluídos em Versalhes no outono de 1870 entre a Confederação e cada um dos quatro Estados do sul (os “Tratados de Novembro”), foi acordado que estes últimos, que lutaram com sucesso ao lado do exército alemão, adeririam à Constituição Federal, em troca de uma série de modificações e várias concessões a eles. Esses tratados constitutivos foram ratificados por todas as partes e entraram em vigor em 1871¹³. Eles serviram de base para estabelecer o conceito de Império Alemão, o título de Imperador conferido ao Rei da Prússia e a eleição de um novo *Reichstag*. Foram estas novas autoridades que, em 17 de abril de 1871, adotaram a Constituição do Segundo *Reich*. Esta Constituição, porém, nada mais foi do que a Constituição de 1867 estendida a toda a Alemanha e transformada em uma Constituição Imperial.

3.3. O CASO DA SUÍÇA

Este exemplo é extremamente curioso (e o mais significativo, como será explicado adiante) devido às peculiaridades intrínsecas que o caracterizam, como a estrita equidade dos cantões suíços e o aspecto multicultural de suas regiões alemã, francesa, italiana e ro-

13 WIKISOURCE. *Constitution of the German Empire*. Disponível em: https://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_the_German_Empire. Acesso em: 10 dez. 2025.

manche. Além disso, é um dos sistemas de confederação mais antigos do mundo, sendo que a Antiga Confederação Helvética tem sua origem datada em 1291, quando os vales de Uri, Schwyz e Unterwalden decidiram se aliar para garantir maior segurança por meio de um pacto. Dando um pequeno salto histórico, assim como os Estados alemães, os cantões suíços também foram estabelecidos em um modelo de confederação após as Guerras Napoleônicas. Mais precisamente, eles retornaram à forma de confederação que possuíam antes de 1798 depois de serem invadidos pelas tropas francesas. Porém, assim como a Confederação Germânica, essa configuração política anterior era indefinida demais para uma análise produtiva.

Por isso, há de se focar na Confederação Suíça, que surgiu posteriormente, mas com muitas características pré-existentes. Dentre elas, é relevante citar o Sistema de Dieta: A Confederação operava sob o princípio de uma Dieta, onde representantes dos cantões se reuniam para discutir questões comuns e tomar decisões coletivas. O “*Tagsatzung*”, esse sistema, consistia em uma conferência periódica (geralmente anual) em que cada cantão, qualquer que fosse sua extensão ou quantidade de habitantes, tinha um voto. Com base nisso, em 7 de agosto de 1815, os vinte e dois cantões suíços (vinte cantões e quatro “meio-cantões”) concluíram um “Pacto Confederado” (“*Pacte fédéral*” ou “*Bundesvertrag*”) com vista a defender a sua liberdade e independência contra qualquer ataque do exterior e manter a ordem e a paz internas. A Confederação ali firmada tinha poucos poderes e nenhum recurso financeiro específico. Além disso, não tinha poderes legislativos diretos e limitou-se a adotar recomendações. No campo militar, porém, o Pacto criou uma autoridade supervisora cujos regulamentos eram diretamente aplicáveis ao exército.

No entanto, os cantões eram, em geral, muito ciumentos da sua própria soberania, organizavam-se e legislavam como bem entendiam, consideravam-se, nas suas relações mútuas, quase como Estados estrangeiros, e nem sequer concediam liberdade de circulação aos cidadãos dos demais cantões confederados. A partir desse momento, a história do Pacto Confederado divide-se em dois períodos: a era da Restauração, de 1815 a 1830, e a era da Regeneração, de 1830 a 1848, quando a Confederação chega ao seu fim. Durante o primeiro período, a maioria dos cantões se voltou para o regime oligárquico e desigualitário, práticas essas que foram interrompidas pela Revolução Francesa. O segundo período começou logo após a Revolução Parisiense de julho de 1830, que levou à queda da dinastia dos *Bourbons*. Esse segundo período caracterizou-se principalmente pela reforma liberal/radical e democrática das instituições internas dos cantões. É nesse momento que ocorre o desenvolvimento dos primeiros instrumentos de democracia direta, como a garantia da liberdade de imprensa, a separação de poderes e a extensão do voto.

A maioria dos cantões industriais e protestantes redigiram suas novas Constituições com base nessa onda radicalmente democrática. No entanto, os cantões “regenerados” tiveram problemas com o Pacto Confederado, ignorando o conceito nacional suíço e dando aos cantões “não regenerados” o direito de se governarem como desejassem, sem impor um padrão mínimo de democracia e respeito pelos direitos fundamentais. Devido

à falta de coesão entre os cantões, foi feita uma primeira tentativa em 1832 de submeter o Pacto a uma revisão completa, que supostamente o transformaria em uma Constituição. Para isso, criou-se até uma comissão especial, que elaborou um projeto. Porém, malsucedido. Esta aventura foi prematura: o projeto encontrou resistência de vários cantões, inclusive dos “regenerados”.

A partir de 1840, a oposição entre cantões “regenerados” e “não regenerados” ficou marcada por um conflito religioso denominacional. O encerramento de alguns conventos, decretado pelo Parlamento do cantão de Argóvia (radical), e a destituição dos Jesuítas pelo Governo do cantão de Lucerna (conservador) pôs lenha na fogueira, ameaçando o próprio vínculo confederal. Assim, pequenos bandos de soldados radicais fizeram incursões armadas em Lucerna e, em resposta, sete cantões católicos formaram uma aliança militar especial (*Sonderbund*). Esta aliança era obviamente incompatível com as obrigações decorrentes do Pacto de 1815, ou seja, essa época conturbada, com conflitos religiosos entre os cantões, fato que já havia acontecido anteriormente nessa região séculos antes (*Kappelerkriege*), foi um marco de instabilidade política. Isso se intensificou ainda mais, pois cada um dos cantões criminalizou a religião oposta à sua e foram criadas duas dietas, uma protestante que se reunia em Aarau e uma católica que se reunia em Lucerna. Mas, apesar das turbulências, a Confederação sobreviveu.

Somente em 1848, a adoção da nova Constituição Federal Suíça, impulsionada pelo descontentamento com a Velha Ordem Suíça, fez com que ela deixasse de ser uma confederação para então se tornar um Estado Federal. O projeto introduziu um parlamento no modelo do Congresso dos Estados Unidos, com uma câmara popular na qual os cantões tinham uma parcela dos assentos proporcional à sua população e uma Câmara dos cantões, inspirado no Senado, no qual cada cantão tinha dois representantes. A Assembleia seria responsável por eleger um Governo Colegiado cujos membros 13 seriam iguais em classificação e não teriam chefe. O legislador federal poderia aprovar leis que vinculassem diretamente a população nos campos que lhe são atribuídos pela Constituição. Imprescindível lembrar que todos os cantões, incluindo aqueles que rejeitaram a nova Constituição, organizaram eleições para deputados do novo Parlamento. E todos os deputados reuniram-se em Berna em 6 de novembro de 1848 para a sessão constituinte. É, portanto, justo dizer que todos os cantões finalmente concordaram com a transformação da Confederação dos Estados num Estado Federal, mesmo que alguns o tenham feito apenas tacitamente, através do comportamento anuente que se seguiu.

3. A RELAÇÃO ENTRE INSTABILIDADE E CENTRALIZAÇÃO POLÍTICA

Este capítulo tratará de analisar o processo histórico-político dos Estados Unidos, da Alemanha e da Suíça de forma crítica, buscando reconhecer padrões que se repetiram na história dessas nações e, com isso, delinear um cenário provável para a União Europeia. Primeiramente, pode-se afirmar que nos três casos mencionados houve a transição de uma

forma de governo de confederação para um Estado federal, porém cada um à sua própria maneira.

A que ocorreu nos EUA foi a mais pacífica dentre elas, o que poderia ser explicado por fatores históricos, políticos e culturais, cuja abordagem não é pertinente neste ensaio.

Já a Unificação Alemã foi o processo mais tumultuado dos três, que envolveu conflitos armados significativos, embora ainda muito controlados, visto que Bismarck adotava uma abordagem de “*realpolitik*” (política realista), isto é, buscava alcançar seus objetivos por meio de alianças diplomáticas e manobras estratégicas.

A Suíça, por sua vez, estaria no meio, pois uma maioria precisou se impor para estabelecer a nova Constituição¹⁴, mas como não havia poder militar hegemônico, é possível dizer que houve menos hostilidade.

A partir das contextualizações históricas dadas, é quase automático verificar a tendência de centralização política em resposta aos momentos em que há uma pressão na estrutura de poder. É como se o mecanismo de defesa mais utilizado pelas entidades políticas para que elas possam se proteger de possíveis ameaças fosse a concentração da autoridade nas mãos de um governo central. Isso ocorre, pois a segurança é maior nesses cenários, além de existir uma certa garantia no cumprimento das decisões federais por parte de todos os estados. Esse fenômeno surge, então, como solução para a “anarquia parlamentar”¹⁵ que existia nos Estados Unidos da América antes da Convenção Constitucional; ou, ainda, para lidar com os confrontos socioculturais e políticos que estavam presentes nos Estados alemães durante as guerras; e, por último, para colocar fim às brigas internas que perturbavam a paz dos cantões suíços antes de 1848.

Portanto, tendo os casos históricos dos Estados Unidos, Alemanha e Suíça, percebe-se que a centralização política emerge como uma resposta recorrente a desafios estruturais. Essa busca por estabilidade e eficiência, apesar das nuances em cada contexto, sugere uma tendência histórica em direção à concentração de poder. No cenário contemporâneo, a União Europeia representa um interessante caso em evolução. Atualmente um bloco de integração, mas buscando efetivar a colaboração entre nações de forma cada vez mais íntima. Por essas razões, a perspectiva de uma confederação, como próximo passo de centralização, se apresenta como um caminho natural para enfrentar os desafios geopolíticos modernos, sendo possível, inclusive, já cogitar a criação de um Estado moderno para os próximos anos a partir do que hoje é a União Europeia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer deste ensaio, exploramos a trajetória histórico política dos Estados Unidos, Alemanha e Suíça, identificando modelos que sugerem a centralização política como uma resposta recorrente a desafios estruturais. À medida que essa configuração de nações associadas evolui, notamos a consolidação de valores fundamentais, como o

14 STEINBERG, Jonathan. **Why Switzerland?** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

15 JENSEN, Merrill. **The Articles of Confederation: An Interpretation of the Social-Constitutional History of the American Revolution, 1774–1781.** Madison: University of Wisconsin Press, 1940.

respeito à democracia, a primazia do Estado de Direito e a defesa dos direitos humanos. Essa evolução política no continente europeu não apenas impulsiona a coesão, mas também promove uma visão onde a diversidade é celebrada, vista como algo que contribui para uma união não só possível, mas mais forte e resiliente. Por isso, o caso suíço deve ser destacado como exemplo, visto que contém o fator da diversidade etnocultural de forma mais evidente.

Como foi dito anteriormente, o aspecto da diversidade é significativo para a análise em questão, devido ao paralelo feito com a UE. Dadas as devidas proporções, ambos possuem populações de diferentes origens, falantes de diferentes idiomas, com costumes próprios, mas que respeitam as tradições de cada um. Sendo o coração da Europa, a pátria helvética representa a vida que há no corpo como um todo, evidenciando atualmente a arte da coexistência pacífica entre os diferentes povos, sem que deles sejam tiradas as riquezas culturais que lhes são próprias. Essa “paz” só pode ser conquistada porque há o respeito à democracia pluralista, a preocupação pela preeminência do Estado de Direito e o apego aos direitos humanos. Da mesma maneira, a União Europeia, embora não tenha se formalizado juridicamente como confederação por meio de uma Constituição comum, possui traços que remetem a esse modelo e caminha para que um dia seja reconhecida como uma.

É mister que existem, hoje em dia, muitas motivações para essa concretização. O cenário geopolítico de guerras periféricas frequentes é o maior exemplo disso, visto que tais conflitos podem servir como combustível para que as nações que já estão em nível de integração avançado estejam dispostas a intensificar essa relação e dar um passo adiante, com o objetivo de se resguardarem de possíveis efeitos colaterais dos embates geopolíticos. Na verdade, a tendência mais futurista é de que a União Europeia um dia se torne uma federação, um pleno Estado moderno, mas como lhe faltam componentes primordiais, como a autodeterminação e auto-organização, essa é uma previsão menos concreta, porém, não menos razoável.

Para finalizar, parafraseando João Costa Ribeiro Filho¹⁶, a Europa do futuro, assim como qualquer outra confederação emergente, será marcada pela esperança na sedimentação da democracia e pelo equilíbrio no plano político-social, com mecanismos cooperativos eficientes, resultando na melhoria substancial do seu processo decisório e se aproximando cada vez mais de um espaço interno de segurança e liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Confederação. **DIÁRIO DA REPÚBLICA**. Lexionário. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/confederacao>. Acesso em: 10 dez. 2025.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva. Acesso em: 10 dez. 2025.

16 RIBEIRO FILHO, João Costa. **União Europeia: federação ou confederação?** Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2003.

EUROPEAN COAL AND STEEL COMMUNITY. **Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC Treaty)**. Paris, 18 Apr. 1951. EUR-Lex. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=LEGISSUM:xy0022>. Acesso em: 10 dez. 2025.

EUROPEAN UNION. **The Schuman Declaration**. 1950. Disponível em: <https://europa.eu/>. Acesso em: 10 dez. 2025.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Penguin Classics, 1987.

JENSEN, Merrill. **The Articles of Confederation: An Interpretation of the Social-Constitutional History of the American Revolution, 1774–1781**. Madison: University of Wisconsin Press, 1940.

RIBEIRO FILHO, João Costa. **União Europeia: federação ou confederação?** Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2003.

SAINT-PIERRE, Abbé de. **Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe**. Tome 1. [Paris]: 1713.

STEINBERG, Jonathan. **Why Switzerland?** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

VENICE COMMISSION. **The modern concept of confederation**. Proceedings of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Conference, Santorini, 22-25, 1994.

VATTEL, Emer de. **The law of nations, or the principles of natural law: applied to the conduct and to the affairs of nations and of sovereigns**. Tradução de Charles G. Fenwick; introdução de Albert de Lapradelle. Omaha: Legal Classics Library, 1993.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO NA CODIFICAÇÃO ARGENTINA: DE TEIXEIRA DE FREITAS AO ECLETISMO DE FONTES

THE INFLUENCE OF COMPARATIVE LAW ON ARGENTINE CODIFICATION: FROM TEIXEIRA DE FREITAS TO THE ECLECTICISM OF SOURCES

Natasha Reis de Carvalho Cardoso¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a influência do direito comparado na codificação argentina, demonstrando como o codificador Vélez Sarsfield recorreu a diversos dispositivos da legislação estrangeira, mais especificamente do Esboço de Teixeira de Freitas para a realização do Código Civil argentino. Para tanto, o artigo foi dividido em três partes. Na primeira, tratou do contexto histórico, social e ideológico das codificações latino-americanas, abordando suas principais características. Na segunda, foram estudadas as peculiaridades marcantes do contexto social e político durante a codificação Argentina. Na terceira parte, foram apresentadas as principais influências do direito comparado e da legislação estrangeira ao Código Civil argentino, abordando os principais aspectos do ecletismo de fontes adotado pelo codificador.

Palavras-chave: História do direito; Codificações; Codificação argentina; Vélez Sarsfield; Direito comparado.

ABSTRACT: The article aims to analyze the influence of comparative law on the Argentine codification, demonstrating how the codifier Vélez Sarsfield employed several provisions from foreign legislation – most notably Teixeira de Freitas’s Draft Code – in the development of the Argentine Civil Code. To this end, the article is divided into three parts. The first part addresses the historical, social and ideological context of Latin American codifications, outlining their main characteristics. The second part examines the key social and political aspects present during the Argentine codification process. The third part presents the main influences of comparative law and foreign legislation on the Argentine Civil Code, highlighting the primary elements of the eclectic use of sources adopted by the codifier.

Keywords: History of law; Codifications; Argentine Codification; Vélez Sarsfield; Comparative Law.

1. INTRODUÇÃO

O direito comparado é essencial atualmente para a realização de leis e códigos nacionais, até porque é por meio da comparação que visualizamos diversas incongruências, conexões ou desconexões jurídicas, compreendendo o nosso direito, bem como as suas próprias falhas.

No âmbito das codificações, o seu uso foi mais vigoroso. Enquanto muitos países da América Latina no Século XIX recorreram a cópias de dispositivos do Código Napoleão, outros ainda se valeram de artigos estrangeiros – por meio de “transplantes legais”²

1 Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito Civil (USP). Especialista em Direito Processual Civil (UERJ). Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharela em Direito pela USP. Extensão universitária pela Universität Zürich (UZH - Suíça). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Ex-Assessora de Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Procuradora de Santos/SP.

2 Sobre o termo “transplantes jurídicos”, v., dentre outras, a obra de WATSON, Alan. **Legal transplants – an approach to comparative law**. 2ª ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

– para elaboração de sua legislação. Um desses países foi a Argentina, a qual teve uma codificação marcada pelo ecletismo de fontes, com forte uso da legislação estrangeira e transplantação de diversos dispositivos de outros Códigos para o desenvolvimento de seu sistema legal.

No entanto, cabe indagar até que ponto o uso excessivo de fontes externas seria benéfico para o desenvolvimento de códigos de um país e se o estudo do direito comparado poderia advir como um relevante instrumento para evitar os problemas decorrentes dessa transplantação crua e simples.

Com base nesses questionamentos, o presente artigo possui como escopo fundamental apresentar um panorama breve do contexto geral histórico, político e jurídico da codificação argentina, visando à análise de como o direito comparado influenciou na elaboração de seus códigos.

Para tanto, valendo-se da metodologia baseada na pesquisa monográfica e histórica – em que se coletou um amplo espólio bibliográfico da literatura sobre o tema, com a posterior leitura e análise das obras –, o presente artigo foi dividido em três partes essenciais. Em um primeiro momento, foi abordado brevemente o contexto histórico, social e ideológico das codificações latino-americanas, bem como suas principais características. Em um segundo momento, foram estudadas as peculiaridades marcantes do contexto social e político quando da codificação na Argentina, país que melhor se utilizou do ecletismo de fontes para a elaboração de seus códigos. Por fim, em um terceiro momento, foram apresentadas as principais influências do direito comparado – tal como a utilização do Esboço de Teixeira de Freitas –, e da legislação estrangeira à codificação argentina, abordando aspectos referentes à característica mais peculiar deste código: o ecletismo de fontes.

2. GENERALIDADES DAS CODIFICAÇÕES LATINO-AMERICANAS

Na Europa, o movimento pela codificação³ ocorreu paralelamente às críticas ao Estado e ao caráter de direito comum, fomentado por filósofos, juristas e políticos do período⁴. O *Code Civil* foi o precursor na França⁵, que veio a influenciar diversos outros

3 Importante frisar que o código, na acepção atual, é uma sistematização legal, ordenada e com vocação de globalidade e integralidade de uma determinada matéria, sendo uma ideia que surge ao fim do Século XVIII, com paralelismo à codificação francesa napoleônica - ESPIELL, Héctor Gros. **El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX**, 2016, p. 164.

Na acepção da análise histórica do direito, a palavra “código” possui conteúdos semânticos diferentes, de acordo com o momento histórico no qual nos situemos, fazendo referência a normas jurídicas vigentes em uma determinada época e lugar - VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Codificação e cultura jurídica. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 16, 2018, jul.-set, p. 1.

No entanto, aquilo que se convencionou denominar de “codificação” em sentido moderno é um movimento que, possuindo raízes no jusnaturalismo dos Séculos XVII e XVIII culminou nas codificações da época napoleônica, das quais a primeira foi a do Código Napoleão de 1804 - Cf. VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Codificação e cultura jurídica. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 16, 2018, jul.-set, p. 2.

4 GUZMÁN BRITO, Alejandro. **Historia de la codificación civil en Iberoamérica**, 2000, p. 124.

5 Importante considerar que o Código, na França, desempenhou dois papéis fundamentais: de um lado, outorgou aos cidadãos diversos direitos privados específicos, garantindo a estabilidade à vida privada, vida do mercado e da propriedade; de outro, veio a superar a grande divisão da França em dois territórios: o norte de direito costumeiro e o sul de direito romano comum - Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história – Lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 280.

países europeus em seu âmbito codificador, principalmente com o sucesso político militar de Napoleão à época e incorporação de territórios no campo de tal poder⁶.

No âmbito da América Latina – apesar do estudo de suas codificações e peculiaridades se restringir, muitas vezes, às características gerais estabelecidas e estudadas pelo sistema de *civil law*⁷ – a codificação europeia do Século XIX teve grande influência⁸, sem prejuízo das fontes espanholas⁹.

De um ponto de vista histórico e político¹⁰, a codificação na América Latina foi uma expressão de independência, de reafirmação da soberania nacional na ordem civil – ao afastar o “despotismo da lei estrangeira”¹¹ e o “caos legislativo” reinante¹² – considerando-o expressão de mudanças sociais produzidas ao longo da aprovação das primeiras constituições¹³ que surgiram após a independência e da nova realidade política e jurídica nascente¹⁴.

6 GUZMÁN BRITO, Alejandro. **Historia de la codificación civil en Iberoamérica**, 2000, p. 84

7 O direito latino-americano, muitas vezes, é inserido na “caixa” da família legal francesa ou romanística e a presumida familiaridade do direito americano legal acaba por explicar o motivo de trabalhos comparativos acabarem dedicando mais atenção a outros sistemas como o do Islã ou Hindu – Observações feitas em: KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 2.

8 Nesses códigos foram recepcionados os resultados do grande desenvolvimento científico que ocorreu na Europa nos Séculos XVI e XVII no que diz respeito à reelaboração do direito como sistema de enunciados normativos na forma de regras, por meio de obras das Institutas, das obras de regras dos juristas romanos e de sua releitura racionalista - SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e códigos civis**. Tradução de: STANICIA, Sergio Tuthill. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 300.

Apesar de se reconhecer que a expansão da codificação Iberoamérica seguiu caminhos diversos aos da Europa, por ser inevitável que o Código Francês opacou diversos outros modelos originários no continente, diferentemente na América Latina, em que se preservou alguns originais – Em semelhante sentido: GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil en Iberoamérica**, 2000, p. 185.

9 ESPIELL, Héctor Gros. **El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX**, 2016, p. 164.

10 Importante considerar que a evolução das instituições jurídicas não pode ser compreendida apartada da dinâmica que envolva a estrutura política, social, econômica e cultural, sendo impositiva a abordagem desses aspectos - CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. A justiça no Brasil Colônia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, jan.-dez., 2018, p. 45.

11 Expressão utilizada por: ESPIELL, Héctor Gros. **El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX**, 2016, p. 165.

12 Antes da codificação, o “caos legislativo” era marcante, tendo em vista a dificuldade de se saber qual legislação seria aplicada em um determinado caso, se a legislação da metrópole – muitas vezes, de origem portuguesa ou espanhola – ou da colônia.

No Brasil, por exemplo, assim como ocorreu em outros países, o poder de legislar das colônias era praticamente restrito aos competentes órgãos da metrópole e apenas em determinados casos se permitia às autoridades locais decretar atos legislativos, atribuindo-lhes um poder legislativo residual - Eram as denominadas “leis especiais”, decretadas para vigorar única e exclusivamente dentro do território da colônia e eram distintas das disposições e normas da legislação geral metropolitana, sendo disposições e normas particulares. Essas leis especiais tinham sua eficácia limitada, restrita aos limites do território da colônia - CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. A justiça no Brasil Colônia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, jan.-dez., 2018, p. 51.

13 Enquanto o constitucionalismo foi um processo marcado pelo processo individualizante do processo revolucionário da América Latina iniciado na primeira década do Século XIX, marcado pela necessidade de organização política e institucional dos novos Estados independentes, a codificação foi um processo que se iniciou na América Latina décadas depois da organização constitucional dos novos Estados, dirigida à adoção de códigos, especialmente em matéria civil, comercial, processual e penal – Sobre esses dois movimentos, v. ESPIELL, Héctor Gros. **El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX**, 2016, p. 147 e ss.; GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil en Iberoamérica**, 2000, p. 137 e ss.

14 Após a ocupação da Península Ibérica por Napoleão em 1807, os movimentos de Independência na América Espanhola se beneficiaram da fragilidade da Espanha, levando à independência de diversos países na América Latina entre 1810 e 1825

De forma sintética, desde o início da independência dos países da América Latina – considerando-se sua origem em 1804, com a independência do Haiti até 1916, quando foi promulgado o CC/16 brasileiro – pode-se afirmar pela existência de quatro modelos diversos de codificações¹⁵. O primeiro modelo se deu na primeira metade do Século XIX, quando os poucos Códigos Civis que foram promulgados eram essencialmente cópias ainda que traduzidas (ao espanhol) do *Code Civil*, de 1804, sendo exemplos os CC haitiano, boliviano, costarriquenho¹⁶, dominicano e peruano¹⁷.

Já o segundo modelo se deu na segunda metade do Século XIX, quando a América Latina sofreu influência da obra sistematizadora de Andrés Bello, consolidada no Código Civil Chileno (1855)¹⁸, o qual, apesar de notável originalidade, demonstrava grande influência das fontes romanas, bem como do sistema das Institutas de Justiniano¹⁹, sendo exemplos os Códigos Civis de El Salvador, Equador, Venezuela, Nicarágua, Honduras, Colômbia e Panamá. O terceiro modelo destacou o trabalho de Vélez Sarsfield²⁰, resultando no primeiro Código Civil argentino (1871), o qual conseguiu conjugar elementos do Esboço de Teixeira de Freitas com influências do *Code Civil* e dos estudos de Andrés Bello.

Por fim, em uma última etapa, encerra-se o movimento de codificação na América Latina, após o movimento de independência, com a promulgação do CC brasileiro de

- KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 5.

15 Esses modelos foram explicitados por: MORAES, Bernardo B. Queiroz. **Parte Geral – Código Civil – Gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK Editora, 2018, p. 129 e ss.

16 No direito civil costarriquenho, essa conexão com o direito francês era bem enfatizada. No Decreto de sanção e promulgação de uma nova versão do seu Código Civil, expressamente se afirmou que o seu texto era uma tradução do Código de Napoleão, conforme considerandos: “*Considerando: que el Código Civil presentado por el Poder Ejecutivo para su sanción en la actual legislatura, es como traducción del Código Napoleón una obra monumental de legislación universal*”. Assim como o art. 1º dispunha que “*queda sancionado y dado como Ley de la Nación el Código Civil de la República Dominicana, arreglado por la Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo, conforme al decreto del Congreso Nacional, de fecha 4 de julio de 1882, y conservando el orden en los artículos del texto francés vigente en la República desde el año de 1845*”.

17 Em diversos códigos da América Latina é possível notar a influência da releitura dos Códigos de Justiniano e do direito romano, sendo também qualificados como “códigos de transfusão do direito romano e da independência” – Cf. SCHIPANI, Sandro. Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito. São Paulo: **Revista DireitoGV**, 2009, p. 496.

Assim observava Adnés Bello: “aquele que o [isto é, o direito romano] veem como uma legislação estrangeira são estrangeiros eles próprios na nossa” e Vélez, analogamente, ressaltava que “a legislação romana é tanto sua própria [isto é, da Argentina], como o é da própria Espanha”, enquanto Freitas dizia que o “*corpus iuris* é a fonte vital onde devemos beber sempre e sem descanso” – Cf. SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e códigos civis**. Tradução de: STANICIA, Sergio Tuthill. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 299.

18 O Código Civil chileno se provou ser o mais influente dos modelos de codificação latino-americana (Cf. KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 15), aprovado em 1855 para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1857, estando em vigor até hoje – apesar das diversas alterações ao longo do tempo.

O sistema do CC chileno se organizou sobre a base de um título preliminar e quatro livros, como seguem: o Livro I trata das pessoas; o Livro II, *De las cosas y su dominio posesión, uso y goce*; o Livro III, *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*; e o Livro IV, *De las obligaciones en general y de los contratos*, com um total de 2524 artigos.

19 MORAES, Bernardo B. Queiroz. **Parte Geral – Código Civil – Gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK Editora, 2018, p. 134; KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 10.

20 Sarsfield, juntamente com Teixeira de Freitas e Andrés Bello, é um dos juristas sul-americanos do século XIX que maior influência exerceu no direito do nosso continente - WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, jul.-set., 2004, p. 249.

1916, que apresenta influências diversas, como Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Civis de 1858 e o Esboço de 1860-1865) e o BGB²¹.

3. CONTEXTO DA CODIFICAÇÃO ARGENTINA

Inserida nesse contexto e originada do segundo modelo mencionado, a codificação argentina também foi fruto dos fatores históricos e políticos mencionados no tópico um do presente artigo, sendo possível compreender sua história em três fases ou períodos distintos²² - sem desconsiderar eventuais períodos intermediários de adaptação aos novos princípios e ideias a serem estabelecidos: i) primeiro período, colonial; ii) segundo período o de emancipação e de organização política; iii) terceiro período, o da codificação.

No período colonial, que possui raízes no seu descobrimento até a data da independência (25 de maio de 1810), o direito em vigor possuía duas grandes fontes²³: i) primeiro, o direito espanhol²⁴; ii) segundo a legislação especial ou lei das Índias, que era dividida em 9 livros, subdivididos em títulos e leis, com material heterogêneo: direito público e direito privado.

No entanto, essa multiplicidade legal causava inúmeros problemas²⁵, como a ausência de uma unidade – tendo em vista que os códigos e recompilações se sucediam uns aos outros, mas sem revogar os anteriores -, insegurança jurídica no direito aplicável²⁶, bem como obscuridade na redação de numerosas disposições²⁷.

Dessa forma, a Proclamação da Independência significou para o país um momento de grande júbilo para a sua soberania jurídica²⁸, não fosse a Ditadura Rosas que logo se seguiu, e perdurou até 1852, levando a um movimento de codificação tardio, comparado com outros países da América Latina²⁹.

21 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), Código Civil Alemão.

22 Há quem se refira à anteposição de um outro período, chamado de “direito indígena”, observando, no entanto, que este não teria exercido nenhuma influência sobre as normas jurídicas atuais - MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 198.

23 Cf. MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 1.

24 Este direito espanhol, vigente na Espanha, era integrado pelo *Fuero Juzgo*, *Fuero Viejo de Castilla*, *Fuero Real*, o *Especulo*, as *Siete Partidas*, as *Leis de Estilo*, o *Ordenamento de Alcalá*, as *Ordenanzas Reais de Castela*, as *Leis de Toro*, a *Novissima Recompilação*, promulgada em 1805.

25 Tais questões foram mencionadas em: MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 199.

26 Héctor Gross Espiell, por exemplo, cita nota de Eduardo Acevedo, jurista e codificador comum no Uruguai e Argentina, o qual reconhece tal insegurança jurídica na aplicação do direito vigente: “*pasan de cincuenta mil las disposiciones que, a diverso título, se invocan diariamente o podrían invocarse en nuestros Tribunales. Es tal el laberinto aquí reinante en materia de leyes, que ni siquiera se está de acuerdo sobre los códigos que rigen, ni sobre el orden que respecto de ellos debe guardarse para la resolución de las causas. Así, por ejemplo, se discute si el Fuero Juzgo está o no en vigencia; si debe probarse el uso de las leyes del Fuero Real para que puedan aplicarse en nuestros Tribunales (...)*” - ESPIELL, Héctor Gros. **El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX**, 2016, pp. 165-166.

27 Inegável também que o encontro de elementos nativos com o do reino produzia atritos físicos e morais de toda ordem - MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 199.

28 À eleição da primeira Junta de governo independente em Buenos Aires (22 de maio de 1810), que iniciava o processo de independência no Vice-Reino do Rio de La Plata, seguiu-se a Proclamação da Independência (9 de julho de 1816), e a Constituição das Províncias Unidas do Rio de La Plata (25 de maio de 1819).

29 A ditadura Rosas prolongou a codificação em razão do exílio que o governo impôs aos homens mais capazes da Argentina interessados no tema da reforma da legislação, bem como pelo pensamento do próprio ditador, o qual sustentava ser

Uma vez caído o ditador, contudo, quase imediatamente se fez presente um interesse oficial por codificar, não apenas no âmbito cível, mas também no penal, comercial e procedimental. O primeiro intento para tanto se deu com o extenso decreto de 24 de agosto de 1852, do Diretor Supremo Provisório da Confederação Argentina, Justo José Urquiza, vencedor e sucessor de Rosas³⁰, o qual criou uma Comissão Geral de Codificação, estabelecendo-se uma comissão dividida em quatro seções, cada uma encarregada de redigir um código civil, penal, comercial e procedimental. Na seção do civil, seriam integrados três juristas, dentre eles, Dalmacio Vélez Sarsfield³¹.

No entanto, apesar da comissão ter sido instalada em 4 de setembro, não chegou a funcionar devido a graves acontecimentos políticos e sociais do momento. Por outro lado, em atenção à sua independência, Buenos Aires aprovou, em 1858, utilizando um projeto elaborado de forma privada pelo uruguaio Eduardo Acevedo, em colaboração com o argentino Vélez Sarsfield³² - apesar de muito criticado³³ e dificultoso em sua elaboração inicial devido à ausência de um prévio Código Civil³⁴ -, um Código de Comércio³⁵, que incluiu regras gerais sobre a legislação do estado de Buenos Aires (esse Código foi depois aplicado a toda República em 1862)³⁶.

Foi somente em 1864 com um decreto do Presidente Bartolomé Mitre - emitido em 20 de outubro em exercício desta lei - que houve a nomeação efetiva de Dalmacio Vé-

necessário pacificar e estabilizar o país antes de refletir sobre a reforma - Cf. GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil em Iberoamérica**, 2000, p. 294.

30 GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil em Iberoamérica**, 2000, p. 294.

31 Cf. GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil em Iberoamérica**, 2000, p. 295.

32 Constam-se em fontes que, em reuniões periódicas, Acevedo preparava a primeira redação dos títulos que Vélez revia semanalmente, e assim trabalharam durante 10 meses na codificação comercial - MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, pp. 199-200.

33 Houve muitas críticas à Vélez Sarsfield quanto à sua co-participação na elaboração do Código Comercial, afirmando muitos de que havia se apoderado do trabalho de Eduardo Acevedo - MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 200.

34 Os codificadores reconhecem a dificuldade de formar um Código Comercial sem as leis civis, como se nota em *Nota de presentación del proyecto de Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires*: “Excmo Señor. Tenemos la satisfacción de presentar a V. E. el proyecto de un Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires que el gobierno se sirvió encargarnos en junio del año pasado. Lo hemos concluido felizmente para la época que V. E. deseaba, consagrando a este trabajo una asiduidad incesant. (...) En el estado actual de nuestros Códigos Civiles era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas, y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común. No podíamos hablar, por ejemplo, de consignaciones, sino suponiendo completa la legislación civil sobre el mandato; era inútil caracterizar muchas de las obligaciones mercantiles como solidarias, sino existían las leyes que determinasen el alcance y las consecuencias de ese género de obligaciones. Pero estas y otras diversas materias no estaban tratadas en los Códigos Civiles, o la legislación era absolutamente deficiente respecto de ellas, guiándose los tribunales solamente por la jurisprudencia general. Hemos tomado entonces el camino de suplir todos los títulos del derecho civil que a nuestro juicio faltaban para poder componer el Código de Comercio. Hemos trabajado por esto treinta capítulos del derecho común, los cuales van interpolados en el Código en los lugares que lo exigía la naturaleza de la materia (...)”.

35 No entanto, este Código seguiu o destino da maioria dos outros códigos comerciais da época: logo se tornou obsoleto pelo rápido desenvolvimento do comércio, sendo alterado em 1889. Ademais, o Código e sua emenda foram responsabilizados pela grave crise comercial ocorrida no final do século de sua codificação, quando uma onda de falências mal administradas abalou o país - Cf. KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 13.

36 SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e códigos civis**. Tradução de: STANICIA, Sergio Tuthill. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 282.

lez Sarsfield³⁷ para redigir o Código Civil³⁸, cujo projeto foi finalizado em 1869³⁹, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1871.

4. INFLUÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA À CODIFICAÇÃO ARGENTINA

Para elaboração deste Código Civil, Vélez Sarsfield recorreu ao ecletismo das fontes - movimento diverso ao verificado em outros países, cujas codificações sofreram influência de apenas uma ou outra fonte, seja europeia ou ibero-americana⁴⁰ -, cuja produção apresentou como modelo uma multiplicidade de sistemas, sem predominância de nenhum⁴¹.

37 O codificador nasceu em 1800, em Córdoba, na Argentina, onde estudou no Colégio de Montserrat e na Universidade de Córdoba, quando se graduou em 1820. Os estudos de Vélez incluíam obras sobre direito romano por Cujas, Vinnius e Heineccius, assim como o Código Civil francês e o *Cours de droit Civil français* por Aubry and Rau (baseado no trabalho alemão de Zacharie - KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 12.

Uma vez admitido na Ordem dos Advogados de Buenos Aires em 1823, o codificador teve suas primeiras experiências na elaboração de leis como jovem deputado ao Congresso Constituinte de 1824 e lecionou economia política na Universidade de Buenos Aires. Perseguido durante a ditadura de Rosas e após um período de exílio em Montevideu, Vélez envolveu-se na política nacional em Buenos Aires após a deposição de Rosas em 1852 - KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 13.

38 GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil em Iberoamérica**, 2000, p. 297.

A entrega do trabalho foi feita por partes, levando, ao total, cerca de 5 anos: em 21 de junho de 1865 já pôde apresentar o livro I ao governo, que se editou ao fim do mesmo ano (que Vélez fez uma segunda edição em 1869); o livro II foi feito parceladamente em agosto de 1866 e a princípios de 1867; em janeiro de 1868 veio à luz o livro III e, no fim, em agosto de 1869, o livro IV, todos sob o título “*Proyecto de Código Civil para la República Argentina*” - GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil em Iberoamérica**, 2000, p. 297.

39 Vélez iniciou a redigir a obra encomendada no fim de 1864, recolhendo-se à sua Quinta de Verão (*Quinta del Once*) e se afastando de suas funções públicas e de qualquer outra atividade, dedicando as horas do dia às tarefas da codificação. Afastou-se de outras preocupações, não lendo sequer os jornais de Buenos Aires. Dispunha de condições favoráveis para conceber o projeto, possuindo grandes recursos financeiros, com altos postos na vida política e administrativa argentina, seja no Legislativo, seja no Executivo – Cf. MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 205.

Por outro lado, em comparação, no Brasil, Teixeira de Freitas, sozinho, sem escreventes, com remuneração modesta, dedicava-se à sua missão, aliada a compromissos com sua banca profissional e às atividades de advogado do Conselho de Estado. Somava-se a esses encargos uma família numerosa, que deveria assistir e sustentar. Ademais, seus trabalhos eram redigidos de próprio punho, não apenas os artigos, mas também os pareceres emitidos frequentemente - MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 205.

40 NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil Argentino. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul.-dez., 2010, p. 45.

41 A influência de leis estrangeiras também se deu no desenvolvimento do Código Comercial argentino, como se pode notar em *Nota de presentación del proyecto de Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires*, quando os seus autores fazem referência aos principais códigos das nações civilizadas, dentre eles o Brasil, de 1850: “*El primero de todos los códigos, el Código francés, fuente de todos los otros, no correspondiendo ya al estado del derecho, ni a las exigencias del comercio, había sido sucesivamente mejorado y reformado, principalmente por el Código español, por el de Portugal, por el de Holanda, por el Código de Gutenberg, y por el del Imperio del Brasil. Nosotros hemos hecho lo mismo que hicieron los juriconsultos de esas naciones al formar sus códigos, con la ventaja de que hoy el estudio de la legislación comparada abraza mayor extensión, como puede hacerse en mayor número de leyes comerciales sobre una misma materia. Sólo el que se consagre a este género de estudio puede medir el tamaño de las dificultades que en él se encuentran, para conocer en cada capítulo las leyes de diversas naciones, porque los títulos en los códigos no siempre se corresponden, o están esparcidos en diversos lugares, y parten las más veces de un antecedente que puede quedar inapercibido. Nosotros, Señor, hemos tenido, podemos decirlo, pleno conocimiento de las leyes respectivas que se hallan en ocho o diez códigos de las principales naciones, y hemos podido así levantar nuestra obra ayudados de la experiencia y la ciencia de los pueblos en que estaba más adelantada la jurisprudencia comercial. Nuestro trabajo ha tenido además otros elementos muy importantes. Los códigos publicados han sido examinados y criticados por grandes juriconsultos, y nos hemos aprovechado mil veces de sus doctrinas y hasta de su letra al apartarnos de los textos que estudiamos*”.

O seu ecletismo foi consciente e, inclusive, declarado⁴², tendo sido também criticado em razão de seu uso⁴³. Assim, o Código Civil argentino extenso – contendo 4051 artigos – foi redigido em um estilo mais complexo e uma terminologia diversa da dos códigos até o momento referidos, sendo fruto de uma longa releitura do conjunto do direito do sistema, das fontes romanas às da tradição ibérica, assim como aos códigos modernos europeus e latino-americanos, bem como da cultura jurídica espanhola⁴⁴.

Em pesquisa realizada, por exemplo, demonstrou-se que o CC argentino, o qual não era adoção nem adaptação do Código Francês⁴⁵ - foi elaborado por meio das seguintes fontes⁴⁶: aproximadamente 1.200 disposições do Esboço de Freitas, 800 diretamente do Corpus Iuris Civilis Romano, 700 disposições do livro didático francês de Aubry e Rau (baseado em Zachariae), 300 do rascunho espanhol de García Goyena, 170 (ou talvez 300) do Código Chileno, 145 diretamente do Código Civil Francês, 70 da obra de Zachariae (alemão) sobre o direito francês, 52 do comentário de Demolombe ao Código Civil Francês, 52 do Código da Louisiana, 50 dos tratados de Troplong (francês) sobre contratos e sucessão, 27 do rascunho uruguaio do Código Civil. De Acevedo, 13 do Código Russo, 11 dos escritos do autor belga Molitor sobre posse e servidões, e 4 dos estatutos do Estado de Nova York⁴⁷.

42 Em *Nota de remisión del proyecto de Código Civil*, de 21 de junho de 1865, o codificador argentino evidenciou as fontes empregadas para a composição do livro I de seu projeto: “...para este trabajo he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y sobre todo del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los juriconsultos alemanes Savigny y Zachariae, la grande obra del señor Serrigny sobre derecho administrativo del imperio romano y la obra de Story, Commentaries of the conflict of laws”.

43 Em nota específica, Vélez rebateu críticas de Alberti sobre o seu ecletismo em artigo de 25 de junho de 1868: “Si el doctor hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de código, habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una Ley de Partida, del Fuero Real, de las Recopiladas (...)” - VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio. *El folleto del doctor Alberdi*, in **El Nacional de Buenos Aires**, 1968.

44 SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e códigos civis**. Tradução de: STANICIA, Sergio Tuthill. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 283.

45 Até porque, conforme constam em algumas fontes, o codificador Vélez Sansfield considerava o sistema das Institutas e do Código Napoleão defeituosos. Conforme previsto em *Nota de remision del Proyecto de Código Civil*, de 21 de junho de 1865: “El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios. El método de las instituciones de Justiniano, seguido en las escuelas, por tantos siglos, y en muchos de los códigos, hasta en el de Chile, es absolutamente defectuoso, y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza, que de toda necesidad deben seguir el orden del código que les sirva de base, si no han de hacer innovaciones en las doctrinas”.

De fato, apesar do Código francês (1804) ter tido grande repercussão, era bastante criticado quanto a sua técnica e sua excessiva simplicidade. Dividia-se em apenas três livros: o livro I (arts. 1 a 515) tratava das pessoas; o livro II disciplinava de modo compreensivo o direito das coisas (dos bens e das coisas) e da transferência da propriedade. Finalmente, o livro III (arts. 711 a 2281) lidava com as diferentes formas de aquisição de propriedade, inclusive regime de bens entre cônjuges, contratos, delitos, direitos reais de garantia - LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** – Lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 281.

46 Importante mencionar que o número de disposições inspiradas pelos franceses Pothier, Mercadé e Duranton, pelas traduções francesas dos tratados de Savigny sobre o direito romano moderno e o direito das obrigações e pelo Código italiano de 1865 não foi apurado - KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 14.

47 Cf. pesquisa realizada em: KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 14.

Semelhante pesquisa em: GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil em Iberoamérica**, 2000, p. 300.

Nota-se, portanto, que praticamente 1/3 dos dispositivos do Código Civil argentino advieram do Esboço de Teixeira de Freitas⁴⁸, sendo de grande influência o jurisconsulto brasileiro para a codificação argentina.

Tal situação é averiguável – além de expressamente declarado e reconhecido pelo jurista⁴⁹ – em notas que Sarsfield acresceu ao Código Civil argentino, constando tanto referências bibliográficas, como explanações teóricas acerca dos dispositivos, verificando-se com relativa facilidade quais aspectos da obra de Teixeira de Freitas foram aproveitados pelo jurista argentino.

Ademais, além dos dispositivos transcritos, o Código Civil Argentino também empregou o sistema de divisão baseado na distinção entre direitos pessoais e reais⁵⁰ – permanecendo em livros distintos – influenciado por Teixeira de Freitas⁵¹, embora não tenha

48 Foi em 1855 que o Governo brasileiro encarregou Teixeira de Freitas de consolidar as leis civis e depois, em 1859, de elaborar um projeto de Código Civil. Em função disso, o jurista delimitou a função em duas fases, consistindo a primeira na elaboração da Consolidação das Leis Civis (1858), e em seguida, a redação de um Esboço do Código Civil, que editou entre 1865 e 1867. Este esboço foi dividido em duas grandes categorias: i) parte geral, sendo que esta trataria das pessoas e das coisas, que “são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas”; ii) parte especial.

Apesar da influência desse modelo no desenvolvimento dos códigos da América Latina, o Esboço de Teixeira de Freitas foi abandonado. O abandono se deu pois, quando já estavam impressos 4.908 artigos, o autor convenceu-se de que se impunha a unificação do direito privado – reunindo-se, assim, as normas de direito civil e comercial –, e dirigiu-se então ao Ministro da Justiça e propôs que se alterasse o plano de codificação, elaborando-se, ao invés de um Código Civil, dois Códigos: o Código geral (onde se trataria das causas jurídicas, das pessoas, dos bens, dos fatos e dos efeitos jurídicos) e o Código Civil (que abrangeria os efeitos civis, os direitos pessoais e reais). Assim como também criticou a dicotomia direito civil-direito comercial, defendendo a tese da unificação do direito privado, por estar convencido de que não haveria diferença substancial que justificasse a separação. No entanto, a proposta por Teixeira de Freitas não mereceu aprovação do Governo e o contrato foi rescindido – ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais, **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, pp. 194-196.

No Uruguai, a influência também foi marcante – Nesse sentido, v. GUZMÁN, Alejandro. **Historia de la codificación civil em Iberoamérica**, 2000, p. 172; SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e códigos civis**. Tradução de: STANICIA, Sergio Tuthill. São Paulo: **FGV Direito SP**, 2015, p. 293.

49 Vélez Sarsfield em *Nota de remisión del proyecto de Código Civil*, 21 de junho de 1865 reconhece ter utilizado o trabalho de Teixeira de Freitas, nos seguintes termos: “(...) para este Trabajo he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y sobre todo del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos”.

Assim como a consideração que Vélez Sarsfield detinha a respeito do Esboço de Teixeira de Freitas é evidenciada em resposta que o primeiro realizou às críticas de Alberdi: “Más el Dr. Alberdi ha creído citarme ejemplo del código francés que equivocadamente cree que ha seguido el método de la Instituta, y se burla de la preferencia que he dado al Sr. Freitas sobre Tronchet, Portalis y Maleville. El Dr. Alberdi confiesa que no conoce los trabajos de legislación del Dr. Freitas, y parece convencido que nada mejor puede haber que los Jurisconsultos que formaron el código Francés tan criticado hoy por otros Jurisconsultos de la misma nación. Puede perdonarme que yo después de un serio estudio de los trabajos del Sr. Freitas, los estime sólo comparables con los del Sr. Savigny” – *El folleto del Dr. Alberdi*.

50 O Código Civil argentino possuía quatro livros: Livro I, das pessoas (versa sobre as pessoas naturais, jurídicas e sobre a família); Livro II, dos direitos pessoais nas relações civis (onde se encontra o tratado das obrigações, a teoria geral dos atos e fatos jurídicos e a teoria geral dos contratos); Livro III, dos direitos reais; Livro IV, com as disposições comuns dos direitos reais e pessoais (sucessões, concurso de credores e prescrição).

51 Nesse sentido: NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil Argentino. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul.-dez., 2010, p. 43.

Quanto ao perfil do sistema da obra, Teixeira de Freitas inovou com relação à difusa ordem expositiva das Institutas, distinguindo uma parte geral, bipartida em “das pessoas” e “das coisas” e uma parte especial, com dois livros: “dos direitos pessoais”, por sua vez divididos em duas seções: “dos direitos pessoais nas relações de família” e “dos direitos pessoais nas relações civis” e “dos direitos reais” – SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e códigos civis**. Tradução de: STANICIA, Sergio Tuthill. São Paulo: **FGV Direito SP**, 2015, p. 292.

Ademais, entre as particularidades do jurista, pode-se citar a sua conciliação da contribuição das fontes romanas, com a evolução peculiar do direito ibero-americano (mais especificamente do português) e do direito alemão de então – MORAES, Ber-

adotado a distinção estrutural entre parte geral e especial, que é uma peculiaridade distintiva do jurista brasileiro⁵².

Em razão do emprego dessas inúmeras fontes, contudo, os projetos de Vélez começaram a receber variados comentários favoráveis e adversos⁵³. A crítica mais célebre foi formulada por Juan Alberdi, o qual comentou negativamente a utilização do ecletismo pelo jurista⁵⁴.

Diante desse panorama, cabe indagar até que ponto a utilização do direito comparado, ou mais especificamente dos transplantes jurídicos, seria benéfica para a elaboração dos códigos de um determinado país, ou se poderia haver prejuízos à sua própria independência e soberania jurídica.

A questão é relevante, pois, não raras vezes, o transplante legal puro e simples pode levar a certas incongruências e discrepâncias, principalmente quando os países originários possuem culturas diversas daquele que recepcionará a norma. Nesse sentido, para que se evite tais situações, é necessário que se compare e analise o contexto histórico e social tanto do país que está exemplificando a norma, como daquele que a está recepcionando.

No período da codificação argentina, por exemplo, havia um pano de fundo de cunho liberal e individualista, também muito influenciado pela codificação europeia-napolêônica. Com isso, o deslocamento entre a elaboração jurídica e a realidade social subjacente aos destinatários da norma foi perceptível⁵⁵, principalmente ao desconsiderar a realidade rural, iletrada e desprovida de recursos que compunham grande parte dos cidadãos⁵⁶.

Ademais, também merece destaque o fato de que Vélez Sarsfield era integrante da elite intelectual de sua nação e seus trabalhos seguiam os anseios específicos de uma clas-

nardo B. Queiroz. **Parte Geral – Código Civil – Gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK Editora, 2018, p. 136.

52 Teixeira de Freitas foi o primeiro na América Latina a cogitar uma “parte geral” para um Código Civil – Cf. MORAES, Bernardo B. Queiroz. **Parte Geral – Código Civil – Gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK Editora, 2018, p. 136.

Importante considerar que uma parte geral em um Código Civil serve para fixar os mais importantes valores e princípios do sistema de direito privado, evitando-se contradições ou meras soluções individuais, firmando o papel do Código como elemento que impede a desagregação e mantém a coerência, garantindo maior segurança na aplicação da lei – MORAES, Bernardo B. Queiroz. **Parte Geral – Código Civil – Gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK Editora, 2018, p. 149.

53 Importante mencionar que, assim como na Argentina, no Brasil também houve inimigos dos codificadores, agredindo a obra, mais especificamente visando à pessoa do autor. No entanto, ao que tudo indica, os opositores de Vélez mostravam-se inimigos declarados, enquanto os de Teixeira de Freitas eram disfarçados – MEIRA, Sílvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995, p. 206.

54 A crítica foi rebatida por Vélez Sarsfield, conforme nota de rodapé n. 40 desse artigo – VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio. *El folleto del doctor Alberdi*, in *El Nacional de Buenos Aires*, 1968.

55 Cf. COLOMBI, Henry. Codificação, descodificação e ressystematização: o Código Civil brasileiro de 2002 e o Código Civil y Comercial Argentino de 2014 no atual panorama do direito privado. In: ANDRADE, D. P.; PEREIRA, F. Q. (org.). **Estudos de Direito Civil Comparado: brasil e argentina**, Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 25.

56 Nesse sentido: COLOMBI, Henry. Codificação, descodificação e ressystematização: o Código Civil brasileiro de 2002 e o Código Civil y Comercial Argentino de 2014 no atual panorama do direito privado. In: ANDRADE, D. P.; PEREIRA, F. Q. (org.). **Estudos de Direito Civil Comparado: brasil e argentina**, Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 25.

se burguesa urbana, ligada aos costumes e hábitos de matriz europeia⁵⁷, fatores estes que poderiam ter influenciado nas escolhas dos transplantes jurídicos realizados, por exemplo.

Em suma, portanto, apesar do direito comparado ter sido essencial para a elaboração do código civil argentino – influenciado por diversas leis estrangeiras, e, principalmente pelo Esboço de Teixeira de Freitas –, ao que tudo indica, pode ter havido falhas ao desconsiderar, muitas vezes, a legislação local, bem como as dissonâncias sociais e culturais entre os países-fonte e aquele que recepcionou tais normas.

No entanto, apesar das inúmeras críticas a respeito da utilização da legislação estrangeira para desenvolvimento do Código Civil argentino, é inegável a sua influência nos diversos outros países da América Latina, como na codificação do Paraguai⁵⁸, do Uruguai, Nicarágua e Panamá⁵⁹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A codificação na Argentina, com origens na segunda metade do Século XIX – e posterior ao constitucionalismo –, além de ser nutrida das ideias europeias e americanas, também foi estimulada por um importante evento político: a queda da ditadura de Rosas. Este evento levou ao início da exteriorização de novas ideias sobre a codificação, culminando com a elaboração do Decreto de 1852 pelo general José de Urquiza dispondo sobre a criação de comissão encarregada de elaborar os projetos de Código Civil, penal, comercial e procedimental.

A despeito da comissão não ter entrado imediatamente em exercício no período – em razão de graves movimentos sociais e políticos – o projeto de Código Comercial, elaborado por Eduardo Acevedo, em colaboração com Vélez Sarsfield, foi aprovado em 1858. No entanto, em razão da insuficiência desse Código reger as diversas relações jurídicas privadas no país, foi aprovado o Código Civil argentino, em 1871, de autoria do codificador Vélez Sarsfield.

Ambos os códigos – mas mais marcadamente o Código Civil – foram baseados no ecletismo de fontes, com a utilização massiva de dispositivos legais estrangeiros para sua elaboração, por meio de transplantes legais. Assim, se por um lado a codificação argentina significou uma expressão de independência e soberania jurídica, de outro também representou a influência do direito comparado e estrangeiro no país.

No entanto, deve-se refletir até que ponto essa influência foi positiva, ou se o jurista do período das codificações não se apartou efetivamente do contexto social, eco-

57 COLOMBI, Henry. Codificação, descodificação e ressystematização: o Código Civil brasileiro de 2002 e o Código Civil y Comercial Argentino de 2014 no atual panorama do direito privado. In: ANDRADE, D. P.; PEREIRA, F. Q. (org.). **Estudos de Direito Civil Comparado: brasil e argentina**, Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 25.

58 O Código Civil da Argentina foi promulgado no Paraguai em 1876, depois que o país perdeu a guerra contra a Tríplice Aliança da Argentina - KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 15.

59 NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil Argentino. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul.-dez., 2010, p. 45.

nômico, político e cultural dos países envolvidos, tanto daqueles utilizados como fontes, como do próprio recepcionado.

Em suma, portanto, o fato de grande parte da legislação latino-americana ter origens estrangeiras explica por que o direito comparado é de suma importância prática, devendo o advogado latino-americano recorrer a esses estudos⁶⁰. Não se deve olvidar, contudo, da necessária prevenção de errôneos transplantes jurídicos por meio da efetiva análise do contexto social, econômico e político dos países envolvidos juridicamente para verificar as consequências da aplicação de determinada norma transplantada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais, **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993.
- ANZOÁTEGUI, Victor Tau. **La codification en law Argentina (1810-1870)** – Mentalidad social e ideas jurídicas. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1977.
- CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. A justiça no Brasil Colônia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, jan.-dez., 2018.
- ESPIELL, Héctor Gros. **El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX**, 2016.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. **Historia de la codificación civil en Iberoamérica**, 2000.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história – Lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MEIRA, Silvio. Direito argentino e direito brasileiro, **Revista de informação legislativa**, n. 128, out.-dez., 1995.
- MORAES, Bernardo B. Queiroz. **Parte Geral – Código Civil – Gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK Editora, 2018.
- NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil Argentino. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul.-dez., 2010.
- SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e códigos civis**. Tradução de: STANICIA, Sergio Tuthill. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.
- VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Codificação e cultura jurídica. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 16, 2018, jul.-set.
- VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio. El folleto del doctor Alberdi. **El Nacional de Buenos Aires**, 1968.
- WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, jul.-set., 2004.
- WATSON, Alan. **Legal transplants – an approach to comparative law**. 2ª ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

60 Em semelhante sentido: KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, set., 2012, p. 28.

