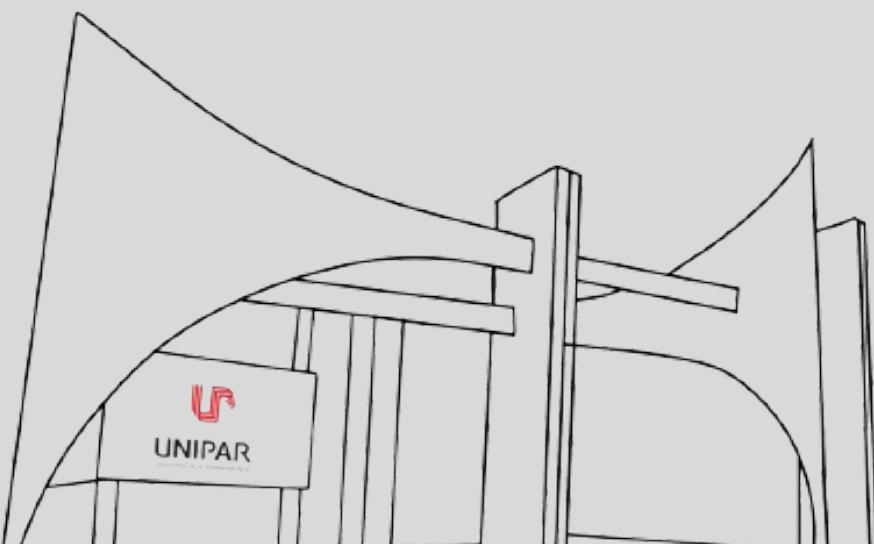




UNIPAR
UNIVERSIDADE PARANAENSE

**REVISTA DE
CIÊNCIAS**

JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR



VOLUME 28 | EDIÇÃO N° 1 | JAN./JUN. 2025

ISSN 1982-1107



UMUARAMA-PR





UNIPAR
UNIVERSIDADE PARANAENSE

**REVISTA DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS
E SOCIAIS DA UNIPAR**

[v. 28, n. 1, 2025]

Umuarama – PR | ISSN 1982-1107

REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE PARANAENSE

UNIVERSIDADE PARANAENSE

ESTRUTURA ADMINISTRATIVA

Reitor

Carlos Eduardo Garcia

Cianorte

Bruno Guilherme de Castro Oliveira

Diretoria Executiva

Artur Nappo Dalla Libera

Paranavaí

Claudete Werner

Diretoria Corporativa de Educação

Educação

Gillianno José Mazzetto de Castro

Pós-Graduação

Luiz Roberto Prandi

Cascavel

Robson Recalcatti

Toledo

Robson Recalcatti

Gerência Geral *Strito sensu* e Pesquisa

Daniela Dib Gonçalves

Francisco Beltrão

Claudemir José de Souza

Gerência Geral de Extensão Acadêmica

Ana Carolina Zaze

Guaíra

Daniele Garcia de Almeida Silva

Diretores Gerais de Campus

Umuarama – Sede

Evellyn Claudia Wietzikoski Lovato

Dados Internacionais de catalogação na Publicação (CIP)

R454 Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR / Universidade Paranaense. – Vol. 1, no. 1 (jul./dez. 1998) . – Toledo : UNIPAR, 1998 - v.; 21cm.

Semestral

Descrição baseada em: Vol. 10, no. 1 (jan./jun. 2007).

ISSN 1516-1579

ISSN 1982-1107 on-line

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Paranaense.

(21 ed) CDD: 340

REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE PARANAENSE

EDITOR-CHEFE

Diego Bianchi de Oliveira, Universidade Paranaense, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Albino Gabriel Turbay Junior, Universidade Estadual do Paraná – Brasil
Prof. Dr. Alfonso de Juliosm, Universidad de Sevilla (US) - Espanha
Prof. Dr. Amós Arturo Grajales, Universidad de San Andres – Argentina
Prof. Dr. Ángel Pastrana Tinoco, Universidad de Sevilla – Espanha
Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux, Universidade Federal do Espírito Santo – Brasil
Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula, Universidade Paranaense – Brasil
Profa. Dra. Priscila Machado Martins, Universidad de Los Andes – Chile
Prof. Dr. Ricardo Guilherme S. Corrêa Silva, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Brasil
Profa. Dra. Suelen Carls, Bournemouth University - Reino Unido

AVALIADORES AD HOC

Prof. Dr. Adam Luiz Claudino de Brito, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil
Profa. Dra. Adriana Vieira da Costa, Universidade Federal de Rondônia – Brasil
Prof. Dr. Adriano Fernandes Ferreira, Universidade Federal do Amazonas – Brasil
Prof. Dr. Alejandro Knaesel Arrabal, Universidade Regional de Blumenau – Brasil
Profa. Ma. Alessandra Queiroz Russell, Bournemouth University - Reino Unido
Profa. Ma. Aline Trindade do Nascimento, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil
Profa. Ma. Anna Paola de Souza Bonagura, Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasil
Prof. Dr. Antonio de Pádua Notariano Junior, Faculdade de Direito de Sorocaba – Brasil
Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Brasil
Prof. Dr. Bruno Garcia Redondo, Universidade Federal do Rio de Janeiro – Brasil
Prof. Dr. Claudio Ianotti da Rocha, Universidade Federal do Espírito Santo – Brasil
Profa. Dra. Cristiani Fontanella, Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Brasil
Prof. Dr. Danilo Lovisaro do Nascimento, Universidade Federal do Acre – Brasil
Prof. Dr. Fábio André Guaragni, Centro Universitário Curitiba – Brasil
Prof. Me. Fabricio Carlos Zanin, Universidade Federal do Norte do Tocantins – Brasil
Prof. Dr. Felipe Rodolfo de Carvalho, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil
Prof. Dr. Felippe Borring Rocha, Universidade Federal do Rio de Janeiro – Brasil
Prof. Dr. Francisco das Chagas Sampaio Medina, Universidade de Fortaleza – Brasil
Profa. Dra. Giselle Chapanski, Centro Universitário Santa Cruz – Brasil
Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Universidade Federal de Lavras – Brasil
Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz, Universidade Estadual de Maringá – Brasil
Prof. Dr. João Paulo Rocha Miranda, Universidade Federal do Pampa – Brasil
Prof. Dr. José Henrique Mouta Araujo, Centro Universitário do Estado do Pará – Brasil
Profa. Dra. Juliana Monteiro Pedro, Universidade Federal do Amapá – Brasil
Profa. Dra. Kelly Lissandra Bruch, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil
Profa. Ma. Laura Mallmann Marcht, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai – Brasil
Prof. Dr. Luiz Guilherme Pennacchi Dellore, Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasil
Prof. Dr. Manuel Caleiro, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Brasil
Prof. Dra. Marisa Rossignoli, Universidade de Marília – Brasil
Prof. Dr. Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski, Universidade Estadual de Maringá – Brasil
Prof. Dr. Nério Andrade de Brida, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Brasil
Prof. Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil
Prof. Dr. Rodrigo Roger Saldaña, Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Brasil
Prof. Dr. Vinicius Silva Lemos, Universidade Federal do Acre – Brasil
Prof. Me. Zulmar Duarte de Oliveira Junior, Universidade do Sul de Santa Catarina – Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Regiane Luiza Campaneli

Qualis CAPES 2017-2020

A4

EDITORAÇÃO

**Departamento de Editoração e
Divulgação Científica – DEDIC**

Marcos Antonio Ribeiro Pereira

ENDEREÇO POSTAL

Universidade Paranaense – UNIPAR
Gerência Geral *Stricto sensu* e Pesquisa
Praça Mascarenhas de Moraes, 4282
CEP: 87502-210 – Umuarama – PR – Brasil
E-mail: rcjurídica@unipar.br

Indexadores

<https://www.revistas.unipar.br/index.php/juridica/indexing>

SUMÁRIO

ARTIGOS

DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA, AUTONOMIA DOS PACIENTES E O DIREITO DE RECUSAR A TRANSFUSÃO SANGUÍNEA	1
Tereza Rodrigues Vieira	
ANÁLISE JURÍDICO-PENAL E SOCIAL DA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI 14.811/2024 NA LUTA E REPRESSÃO CONTRA O BULLYING E CYBERBULLYING.....	21
Luiz Guilherme Luz Cardoso	
FEMINICÍDIO NEGRO NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE COMBATE A UMA VIOLENCIA DE GÊNERO E COR E OS DESAFIOS DA ATUAÇÃO MINISTERIAL	39
Roberto Carvalho Veloso Anna Carollina de Oliveira Abreu Melo Ana Esther Cunha Cadete Sâmilla Honória Barbosa Brito	
SUJEITOS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: A PESSOA HUMANA COMO FIGURA CENTRAL	61
Larissa Menezes Gomes	
O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE DOS SOFTWARES FORENSES E SUAS CONTRIBUIÇÕES	81
Caroline Jacão Badolato Pedro Henrique Hernandes Argentina Gilberto Ferreira Marchetti Filho	
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E EROSÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS	105
Raquel de Freitas Manna	
O DIREITO PROBATÓRIO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	129
Adriano Constantino Cordeiro Suzane Kelly Moro Munaro Marcos Vinícius Tombini Munaro Eduardo Cambi	
MATERNIDADE NO CÁRCERE: A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REALIDADE DAS DETENTAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	149
Júlia Araujo das Neves Gustavo Paschoal	
LINGUAGEM JURÍDICA COMO DESAFIO PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA	167
Mateus Magalhães da Silva	
AS SMART DRUGS E O DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DOS LIMITES LEGAIS DO APRIMORAMENTO COGNITIVO	203
Fabricio Germano Alves Júllia Andrade de Castro	
A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E O ENFRENTAMENTO DO SISTEMA CAPITALISTA-NEOLIBERAL NO PENSAMENTO DE LENIO STRECK	227
Walkyria Paiva Marinho da Silva Ana Celia Querino	
O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.326.541/SP E O RISCO DE RETROCESSO PARA A POLÍTICA DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO.....	245
Rodrigo de Almeida Leite	
A DESARTICULAÇÃO DOS HOSPITAIS DE REFERÊNCIA PARA O ABORTO LEGAL COMO ESTRATÉGIA NECROPOLÍTICA: VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE REPRODUTIVO SOBRE OS CORPOS FEMININOS	269
Lorrana Borges Lançanova Tássia Aparecida Gervasoni Felipe da Veiga Dias	
O DIREITO CIVIL E O COMPORTAMENTO DAS PARTES NA RESILIÇÃO CONTRATUAL UNILATERAL	291
Luiz Fernando Mingati Richard Rodrigues da Silva Robert Wagner Conceição Simões	
MEDIDA DE SEGURANÇA E POLÍTICA ANTIMANICOMIAL.....	313
Karita Larissa Alves da Silva Thiago Tadeu de Amorim Carvalho	

Recebido em: 12/08/2025
Aceito em: 15/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-12302



DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA, AUTONOMIA DOS PACIENTES E O DIREITO DE RECUSAR A TRANSFUSÃO SANGUÍNEA

RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM, PATIENT AUTONOMY AND THE RIGHT TO REFUSE BLOOD TRANSFUSION

*Tereza Rodrigues
Vieira*

Pós Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestra e Doutora em Direito pela PUC-SP/Doutorado Sandiwch na Université Paris; Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na UNIPAR, Universidade Paranaense.

terezavieira@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>

RESUMO: O presente estudo teve como finalidade analisar e sugerir direções sobre o embate jurídico entre os direitos fundamentais à vida, à liberdade religiosa e à dignidade humana, especificamente em relação à recusa de transfusões de sangue por seguidores da religião Testemunhas de Jeová. Esses fiéis, fundamentando-se em suas crenças, rejeitam receber transfusões de sangue alógenico como parte de intervenções médicas, mesmo em situações que possam ameaçar suas vidas. Foram examinados doutrinas, precedentes legais, normas éticas e jurídicas que envolvem a autonomia do paciente. Recorreu-se ao método indutivo, por meio de revisão de literatura, sendo empregada a técnica de pesquisa de documentação indireta. Concluiu-se que o paciente possui o direito de optar pelo tratamento que considere mais adequado, desde que esteja ciente das opções e dos riscos envolvidos, amparado em seu direito à autodeterminação. A autonomia do paciente, considerada um direito fundamental, confere a ele a possibilidade de recusar a transfusão de sangue, especialmente por razões religiosas, desde que seja maior de idade, capaz e que a recusa ocorra de forma livre, consciente e informada. O Supremo Tribunal Federal (STF) passou a apoiar essa interpretação, reconhecendo a relevância da liberdade de crença e a dignidade da pessoa humana. A partir de tais conclusões, estudou-se algumas possíveis implicações jurídico-penais para o médico que respeita a orientação do paciente e não pratica a transfusão de sangue, vindo a ocorrer o resultado morte em razão da escolha do paciente Testemunha de Jeová.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia; Dignidade; Intolerância; Religião; Transfusão.

ABSTRACT: The purpose of this study was to analyze and suggest directions for the legal conflict between the fundamental rights to life, religious freedom, and human dignity, specifically in relation to the refusal of blood transfusions by followers of the Jehovah's Witnesses religion. Based on their beliefs, these believers refuse to receive allogeneic blood transfusions as part of medical interventions, even in situations that may threaten their lives. Doctrines, legal precedents, and ethical and legal standards involving patient autonomy were examined. The inductive method was used, through a literature review, and the indirect documentation research technique was used. It was concluded that patients have the right to choose the treatment they consider most appropriate, if they are aware of the options and risks involved, supported by their right to self-determination. Patient autonomy, considered a fundamental right, gives them the possibility of refusing a blood transfusion, especially for religious reasons, if they are of legal age, capable, and the refusal is made freely, consciously, and in an informed manner. The Brazilian Supreme Court (STF) has come to support this interpretation, recognizing the relevance of freedom of belief and the dignity of the human person. Based on these conclusions, some possible legal and criminal implications were studied for the physician who respects the patient's instructions and does not perform blood transfusions, resulting in death due to the choice of the Jehovah's Witness patient.

KEYWORDS: Autonomy; Dignity; Intolerance; Religion; Transfusion.

Como citar: VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à liberdade religiosa, autonomia dos pacientes e o direito de recusar a transfusão sanguínea. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 1-19, 2025.

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, as minorias têm demonstrado uma dificuldade significativa em se proteger de maneira totalmente autônoma, especialmente as minorias religiosas, que, por isso, necessitam de amparo do Estado.

A convivência entre diferentes religiões minoritárias é crucial para a promoção da democracia e dos direitos humanos. A Constituição Federal brasileira (Brasil, 1988) assegura a liberdade de crença e o exercício livre dos cultos; no entanto, a intolerância religiosa continua a ser um desafio, especialmente para as Testemunhas de Jeová, que enfrentam forte aversão por parte de grupos ligados à saúde, devido à sua crença na recusa de transfusões de sangue alogênico.

A resistência em reconhecer o direito à autonomia do paciente é ampla, afetando tanto profissionais da saúde quanto leigos, gerando intensos debates e discussões acaloradas. Destarte, o presente trabalho tem como escopo analisar e propor direções sobre o embate jurídico entre os direitos fundamentais à vida, à liberdade religiosa e à dignidade humana, especificamente em relação à recusa de transfusões de sangue por seguidores da religião Testemunhas de Jeová. Há um equívoco comum que leva muitos a acreditarem que as Testemunhas de Jeová são pessoas que não valorizam a vida e que renunciariam a tratamentos médicos mesmo com risco de morte.

O direito fundamental à saúde assegura que qualquer pessoa doente tenha acesso aos tratamentos e cuidados adequados, considerando a urgência das intervenções necessárias, e que possa se beneficiar de terapias reconhecidas que garantam a preservação da saúde. Contudo, também é essencial garantir a cada indivíduo o direito de recusar ou não receber tratamento, e cabe ao médico respeitar a decisão do paciente, depois de informá-lo sobre a gravidade e as possíveis consequências de suas escolhas.

Em consonância com essa perspectiva, em 25 de setembro de 2024, o Supremo Tribunal Federal (STF) assegurou às Testemunhas de Jeová, adultos e capazes, o direito de rejeitar tratamentos que envolvam transfusões de sangue, garantindo alternativas terapêuticas dentro do Sistema Único de Saúde (SUS), mesmo que isso exija recursos em diferentes regiões, respeitando a autonomia dos pacientes e seus princípios religiosos. Essa

decisão foi unânime e reafirma o direito à liberdade religiosa e à autonomia individual dos pacientes.

No que concerne à metodologia utilizada, recorreu-se ao método indutivo, por meio de revisão de literatura, sendo empregada a técnica de pesquisa de documentação indireta. Foram analisados livros, artigos científicos, jurisprudência e regulamentos nacionais sobre o assunto, a fim de construir um embasamento teórico-jurídico e responder se um paciente adulto, capaz de discernir, deve ou não ter sua recusa em receber transfusões sanguíneas respeitada, mesmo que essa escolha possa levá-lo à morte.

1. MOTIVAÇÃO PARA TESTEMUNHAS DE JEOVÁ NÃO ACEITAREM TRANSFUSÃO DE SANGUE E GERENCIAMENTO DO PRÓPRIO SANGUE

A tolerância religiosa, de maneira geral, refere-se à aceitação e ao respeito por diferentes crenças, práticas e expressões religiosas de outras pessoas. Isso implica reconhecer o direito de cada indivíduo de praticar sua religião, contanto que isso não infrinja os direitos de terceiros.

A tolerância, que é tanto valiosa quanto essencial, representa um desafio para a sociedade, que deve incorporá-la de forma consciente em sua vivência social; caso contrário, será necessário um esforço contínuo para combater a intolerância (Minhoto, 2023, p. 200).

A convivência entre os seguidores das diversas religiões nem sempre é pacífica. A intolerância religiosa é uma realidade na maioria dos países, especialmente em relação às minorias religiosas.

As Testemunhas de Jeová, por exemplo, frequentemente enfrentam discriminação e intolerância devido à sua recusa em aceitar transfusões de sangue alogênico. Essa postura baseia-se em preceitos bíblicos, que elas seguem e respeitam. Eis-los:

Em Gênesis:

Gênesis 9:3, 4: "Todo ser vivente que se move pode servir-vos de alimento. Quanto à vegetação verde, eu dou tudo isso a vocês.

"Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer." Em Levíticos:

Lev. 17:11, 12: "A vida da carne está no sangue, e eu o coloquei no altar por vocês, para fazer expiação pelas vossas almas, porque é o sangue que faz expiação pela alma que está nele. Portanto eu disse aos filhos de Israel: Ninguém dentre vós comerá sangue e nenhum

residente estrangeiro que resida como estrangeiro entre vocês deverá comer sangue.”

Levítico 17:14. “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida”. Para Deus, a alma, ou vida, está no sangue e pertence a Ele.

Em Atos:

Atos 15:19: Por isso julgo que não se deve perturbar aqueles, dentre os gentios, que se convertem a Deus.

Atos 15:20: Mas escrever-lhes que se abstenham das contaminações dos ídolos, da fornicação, do que é sufocado e do sangue.

Atos 15:28: Na verdade pareceu bem ao Espírito Santo e a nós, não vos impor mais encargo algum, senão estas coisas necessárias:

Atos 15:29: "Que vos abstenhais das coisas sacrificadas aos ídolos, e do sangue, e da carne de animais sufocados, e da fornicação; das quais fazeis bem se vos guardardes. Bem vos vá".

Em Deuteronômio proclama:

Deut. 12:23: “Somente tenham o cuidado de não comer o sangue, porque o sangue é a vida, e vocês não devem comer a vida com a carne”. (bibliaonline.com.br)

O animal destinado ao consumo deve ser devidamente sangrado. As Testemunhas de Jeová não se alimentam de animais que tenham sido estrangulados, que tenham morrido em armadilhas ou que foram encontrados sem vida. Da mesma forma, é proibido consumir alimentos que contenham sangue ou seus derivados.

Assim, as Testemunhas de Jeová percebem essa questão mais sob uma perspectiva religiosa do que médica, seguindo a orientação de abstenção do sangue que está presente tanto no Velho quanto no Novo Testamento, reconhecendo que, para Deus, o sangue simboliza a vida. Portanto, elas evitam a ingestão de sangue por qualquer meio, não apenas em cumprimento às diretrizes divinas, mas também em respeito a Deus, o Doador da vida.

As Testemunhas de Jeová aceitam o uso de dispositivos de circulação extracorpórea, contanto que sejam preparados com produtos que não contenham sangue e que permaneçam conectados ao paciente de forma contínua.

Em emergências, não há alternativas aos produtos sanguíneos, como transfusões de hemácias. É crucial identificar quais procedimentos têm potencial para causar sangramento, a fim de se anteciparem esses riscos.

Devido a rigidez das Testemunhas de Jeová e a limitação de hemoderivados, a evolução do conhecimento médico está levando os profissionais a adotarem estratégias de conservação de sangue e ao gerenciamento do sangue do próprio paciente.

O Gerenciamento de Sangue do Paciente (PBM, sigla em inglês para Patient Blood Management) é uma abordagem multidisciplinar e baseada em evidências, centrada no paciente, que visa melhorar o cuidado de indivíduos que possam necessitar de transfusões sanguíneas. Seu objetivo é aprimorar os resultados clínicos dos pacientes ao preservar seu próprio sangue por meio de diagnósticos, avaliação da causa específica e tratamento da anemia e da perda sanguínea.

Em suma, o propósito do PBM é otimizar os resultados clínicos dos pacientes por meio de um conjunto estruturado de técnicas médicas e multidisciplinares, com foco no uso criterioso do sangue do próprio paciente, fundamentando-se em três eixos que estão disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS). “Otimização da quantidade de hemácias e prevenção das anemias em pacientes; A preservação do sangue do próprio paciente, com redução da perda sanguínea e do risco de hemorragia; e Aumento da tolerância à anemia” (Ministério da Saúde, 2025, p. 01).

A inserção do PBM refere-se a uma alteração no padrão de assistência dentro do Sistema de Saúde, focando em procedimentos que oferecem uma alternativa à transfusão de sangue, desde que esta não seja absolutamente necessária para o tratamento do paciente.

Dessa forma, a crescente conscientização sobre os riscos associados às transfusões resultou em iniciativas positivas para mitigar esses perigos, através de melhorias na segurança dos hemocomponentes. No entanto, a preocupação com a segurança não impediu a tomada de decisões sobre a prescrição de hemotransfusões.

Essa situação modificou os critérios para o uso do sangue, permitindo sua prescrição apenas quando clinicamente necessário, o que fortalece diversas técnicas cirúrgicas que promovem a conservação do sangue, como a minimização da perda sanguínea, a recuperação de células sanguíneas e a hemodiluição normovolêmica aguda (OMS, 2025; BIGSBY, 2013).

As transfusões de sangue desempenham um papel crucial no tratamento de pacientes em diversas condições, tanto agudas quanto crônicas, podendo impactar significativamente a morbimortalidade e a qualidade de vida. Contudo, o conceito de qualidade de vida é relativo, pois atualmente a medicina adota uma abordagem mais humanizada, onde o foco

é o paciente, e não a doença. O cuidado adequado ao paciente é fundamental para proporcionar dignidade, respeito à autonomia, valorização da identidade pessoal e a minimização do sofrimento (Vieira; Massaú; Vieira, 2024, p. 498).

Apesar dos avanços consideráveis na segurança das transfusões, este procedimento ainda apresenta riscos, incluindo reações adversas e efeitos imunomodulatórios indesejados. Portanto, a decisão sobre transfusões deve ser feita de forma individualizada, considerando os riscos e benefícios, o histórico clínico do paciente e a disponibilidade de opções terapêuticas.

Em outubro de 2021, a Organização Mundial da Saúde lançou uma nova diretriz global voltada para o gerenciamento do sangue do próprio paciente, visando aprimorar os cuidados de saúde de acordo com as preferências do paciente. Essa medida permite que os governos implementem políticas de manejo do sangue através de diversas abordagens de tratamento, ampliando as opções disponíveis para os pacientes no Sistema Único de Saúde (SUS).

É importante destacar que as Testemunhas de Jeová valorizam a vida, que consideram uma dádiva de Deus, e buscam os melhores tratamentos médicos disponíveis, colaborando voluntariamente com os profissionais de saúde para encontrar alternativas seguras e eficazes às transfusões de sangue (Rabello, 2024).

Mesmo na ausência de uma norma específica que trate do assunto, as diretrizes antecipadas de vontade são garantidas por diversos órgãos estatais e pelo Conselho Federal de Medicina, tendo o potencial de assegurar a dignidade humana e o respeito ao desejo dos pacientes Testemunhas de Jeová (Amaro; Cardin, p. 479 *apud* Vieira *et al*).

As diretrizes antecipadas são elaboradas precisamente para abordar situações em que o paciente não consegue expressar sua vontade. De acordo com Guilherme Rabello, membro da Comissão de Ligação com Hospitais (Colih): "Por motivos religiosos ou pessoais, o paciente pode optar por tratamentos sem transfusões de sangue, um direito assegurado pela autonomia do indivíduo e reforçado por decisões do STF." E acrescenta:

Embora todo tratamento envolva riscos, o paciente tem o direito de escolher a abordagem terapêutica que considerar mais adequada, baseando-se não apenas no respeito à sua autonomia, mas também em melhores prognósticos clínicos e uma recuperação mais rápida (2024, p.02).

As resoluções mais recentes no domínio da saúde avigoraram que os profissionais, principalmente médicos, devem acatar as escolhas clínicas dos pacientes/clientes.

2. A CORTE EUROPEIA, A AUTONOMIA PESSOAL DO PACIENTE E O ATAQUE ÀS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1997 e ratificada em 2000, estabelece como princípio fundamental que qualquer intervenção na área da saúde deve ser autorizada pela pessoa afetada, por meio de seu consentimento livre e informado. Essa pessoa deve receber, previamente, informações adequadas sobre a finalidade, natureza, consequências e riscos da intervenção, podendo revogar seu consentimento a qualquer momento (art. 5º).

Em situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento adequado, poderá ser realizada imediatamente a intervenção médica necessária para a saúde do paciente (art. 8º). A convenção esclarece que, se o paciente não estiver em condições de manifestar sua vontade no momento da intervenção, sua vontade previamente expressa pode ser considerada.

O artigo 6.º da Convenção afirma que qualquer intervenção em um paciente que não possui capacidade para consentir deve ser realizada exclusivamente em seu benefício direto. Se um adulto, devido a deficiência mental, enfermidade ou outra condição similar, não puder consentir, a intervenção não poderá ocorrer sem a autorização de seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa designada pela lei. Sempre que possível, a pessoa afetada deve participar do processo de autorização.

No caso de menores, a intervenção não poderá ser realizada sem a autorização de seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada por lei. Contudo, devido à idade ou grau de maturidade, a opinião do menor deve ser considerada um fator cada vez mais relevante.

A questão da transfusão de sangue e a autonomia do paciente geram um dilema que provoca debates sobre assuntos importantes e complexos, que os juízes europeus não podem ignorar, especialmente quando a escolha pode

resultar em morte. No caso Pindo Mulla v. Espanha, nº 15541/20 (CEDH, gr. cap., 17 de setembro de 2024), a gravidade da situação levou o governo francês a intervir no processo, defendendo a proteção do direito à vida e as obrigações positivas do Estado para assegurá-la.

Os juízes europeus fundamentaram seu raciocínio na Convenção de Oviedo, cujo objetivo era reduzir a abordagem paternalista, restabelecendo a primazia do consentimento do paciente. Com base em outras fontes internacionais, a interpretação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi um elemento essencial para o desenvolvimento desta deliberação (Ravel D'Esclapon, 2024).

Em 20 de maio de 2022, o Conselho de Estado francês confirmou a decisão da equipe médica de realizar uma transfusão em um paciente, apesar de sua recusa. O paciente, de 47 anos, sofreu um grave acidente de trânsito e foi internado em estado de choque hemorrágico, sendo imediatamente transferido para a sala de cirurgia.

Os exames revelaram sangramento ativo e abundante, levando à transfusão de hemácias e fatores de coagulação (plasma). Após isso, foram realizadas nove intervenções cirúrgicas, com transfusões adicionais em duas delas, de dois e três concentrados de hemácias, respectivamente.

Na ocasião do acidente, o paciente possuía um documento assinado que continha duas informações cruciais: uma declaração escrita de sua recusa a qualquer transfusão de sangue, "mesmo que a equipe médica considere que tal transfusão seja necessária para salvar minha vida" (Tamburini, 2022), e a designação de seu irmão como representante, a quem confiava integralmente.

Durante sua hospitalização, o paciente reiterou para a equipe médica que era Testemunha de Jeová e que recusava qualquer transfusão de sangue, independentemente de sua condição. Já internado, ele recorreu ao juiz, solicitando que o hospital respeitasse sua vontade de não realizar novas transfusões de sangue sem o consentimento e sem o conhecimento de seu representante de confiança. O paciente desejava alternativas de tratamento sem a utilização de sangue.

Ele alegou violações de diversas liberdades fundamentais, incluindo a liberdade de consentir, a liberdade religiosa, a integridade do corpo humano, e a proibição de tratamentos desumanos e degradantes. Vejamos:

liberdade de consentir com os cuidados prestados; integridade do corpo humano em razão da não observância, pela equipe médica, da vontade de não receber transfusão de sangue, expressa por diretivas antecipadas e confirmada pela pessoa de confiança; proibição de tratamentos desumanos e degradantes, sendo que o fato de ser obrigado a submeter-se a transfusões contrárias às próprias convicções constitui um tratamento moralmente inaceitável para o doente e o priva da sua dignidade; violação do direito à autonomia pessoal, na medida em que a recusa de transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová não pode ser equiparada ao suicídio, mas sim a uma escolha terapêutica; ataque à liberdade de pensamento, consciência e religião (Tamburini, 2022).

Seus pedidos foram negados, pois a equipe médica afirmou ter considerado, em parte, a vontade do paciente. As transfusões foram realizadas apenas na quantidade estritamente necessária para garantir a realização correta dos procedimentos que assegurassem sua sobrevivência (Tamburini, 2022). A abordagem padrão de transfusão, que normalmente incluiria um volume significativamente maior, não foi adotada.

Embora o Conselho de Estado reconheça a importância de respeitar as diretivas antecipadas do paciente, vinculando o médico em suas decisões sobre investigação, intervenção ou tratamento, ele indica duas exceções a esse princípio: emergências vitais e casos em que a aplicação das diretivas seja manifestamente inadequada ou incompatível com a condição médica do paciente. Nesses casos, o médico pode optar por não seguir as diretivas, conforme determinado por um procedimento colegiado em regulamento, e a decisão deve ser devidamente registrada no prontuário médico.

O Conselho de Estado conclui, neste caso, que não houve violação das liberdades fundamentais do paciente, uma vez que as ações da equipe médica foram cruciais para sua sobrevivência e adequadas à sua situação, considerando que ele não conseguia expressar seu desejo. O Conselho destaca que uma transfusão de sangue é feita em um contexto que, se não for de risco vital, é, no mínimo, grave. As opções disponíveis (tentar convencer o paciente, explicar as consequências da recusa, entre outras) nem sempre são viáveis em uma emergência (Tamburini, 2022).

Como se observa, argumentos de natureza religiosa raramente alteram argumentos médicos relevantes e vice-versa. O respeito ao consentimento em cuidados de saúde é um princípio fundamental que deve ser mantido. O médico não pode impor um tratamento contra a vontade do paciente; no entanto, a existência de um risco vital é uma informação essencial que tem orientado as decisões judiciais. O julgamento do Conselho de Estado seguiu essa linha de raciocínio na sentença proferida em 20 de maio de 2022.

A comunidade cristã das Testemunhas de Jeová valoriza a vida e defende princípios que promovem a saúde, incluindo hábitos alimentares saudáveis e a abstinência de álcool e tabaco. "A recusa em aceitar transfusões de sangue é uma decisão fundamentada em convicções bíblicas, que deve ser respeitada, mesmo que não seja sempre completamente compreendida" (Massote, 2024).

Assim, se o médico respeitar a vontade do paciente e não realizar a transfusão de sangue, mas continuar com outros tratamentos disponíveis, não haverá penalização, visto que não se opõe ao desejo do paciente.

3. RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO E CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Os Conselhos de Medicina atuam como árbitros e reguladores da profissão médica, sendo sua responsabilidade garantir uma prática ética da medicina, além de promover a valorização da profissão e de seus profissionais legalmente habilitados. No que diz respeito ao tema abordado neste estudo, em setembro de 2019, o Conselho Federal de Medicina (CFM) passou a regulamentar a questão por meio da Resolução CFM N° 2.232 (CFM, 2019), que estabelece diretrizes éticas sobre a recusa de tratamentos por pacientes e objeções de consciência na relação entre médico e paciente.

A Resolução define em seu artigo inicial que a recusa de tratamento é um direito do paciente, que deve ser respeitado pelo médico, desde que este informe sobre os riscos e as possíveis consequências da decisão. Além disso, a norma garante ao paciente maior de idade, que esteja em pleno uso de suas faculdades mentais, o direito de rejeitar a terapia proposta em situações de

tratamento eletivo. O médico também pode sugerir uma alternativa de tratamento, caso a recusa do paciente ocorra.

Entretanto, conforme a Resolução CFM 2232, o médico não deve aceitar a recusa de tratamento de um paciente menor de idade ou de um adulto que não possua total capacidade mental, especialmente em situações que apresentem riscos significativos à saúde, independentemente de estarem ou não acompanhados por representantes legais.

Caso surjam divergências entre o médico e o representante legal, assistente ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto ao tratamento recomendado, visando sempre o melhor interesse do paciente, cabe ao médico comunicar a situação às autoridades competentes, como o Ministério Público, a Polícia ou o Conselho Tutelar. É importante destacar que a norma médica enfatiza que a recusa de tratamento não deve ser aceita pelo médico quando se caracterizar como um abuso de direito, e a resolução também descreve o que pode ser considerado como tal abuso.

A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros; A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação. A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Conforme estipulado no artigo 6º, o médico responsável em um estabelecimento de saúde, ao rejeitar a negativa terapêutica do paciente, deve registrar o incidente no prontuário e informar o diretor técnico para que este tome as medidas necessárias junto às autoridades competentes, visando garantir o tratamento proposto.

Entretanto, uma decisão da justiça paulista suspendeu parcialmente os efeitos dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 10 da Resolução CFM nº 2232/2019. No que se refere às gestantes, os autores da ação (Defensorias Públicas da União do Estado de São Paulo) argumentam que essa parte da resolução comprometeria a autonomia da mulher em relação ao parto.

A objeção de consciência refere-se à recusa de um indivíduo em cumprir uma determinação legal em virtude de crenças morais ou religiosas que entram em conflito, resultando frequentemente em uma violação dos compromissos mais profundos de uma pessoa. Esta objeção contempla a

identificação de direitos morais à liberdade de consciência, que estão sujeitos a certas limitações.

No que diz respeito à objeção de consciência, a Resolução CFM 2232/2019 assegura ao médico o direito de se abster de atender um paciente que recusa a terapia, não realizando procedimentos médicos que, embora permitidos por lei, conflitam com suas convicções pessoais. No entanto, a interrupção da relação médico-paciente por objeção de consciência impõe ao médico a responsabilidade de comunicar o caso ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, para garantir a continuidade do atendimento por outro profissional qualificado.

No caso de a assistência ser prestada em consultório, fora do ambiente hospitalar, o médico deve registrar no prontuário a interrupção da relação com o paciente por objeção de consciência, notificando-o por escrito e, se julgar necessário, informando o Conselho Regional de Medicina sobre o ocorrido.

De acordo com a resolução mencionada, na ausência de outro médico em situações de urgência e emergência, e quando a recusa terapêutica possa causar danos previsíveis à saúde do paciente, a relação não pode ser encerrada por objeção de consciência, exigindo que o médico assuma o tratamento recomendado, independentemente da negativa do paciente. Essa diretriz contraria a autonomia do paciente.

Além disso, a deliberação normativa do CFM afirma que em situações de urgência e emergência que representem risco iminente de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para proteger a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica. A recusa deve ser formalizada, preferencialmente, por escrito e na presença de duas testemunhas, especialmente quando a ausência do tratamento rejeitado coloca o paciente em risco de morte. Caso o paciente não possa fornecer a recusa por escrito, outros métodos de registro são aceitos, desde que garantam a preservação e inclusão no prontuário, como gravações em áudio ou vídeo.

É importante destacar que, se o médico optar por respeitar a recusa do paciente, essa decisão não será considerada uma infração ética, nem mesmo de forma omissiva.

A Resolução CFM nº 2232/2019 assegura ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, o direito de recusar a terapia proposta pelo médico em tratamentos eletivos. Simultaneamente, o médico tem o direito à objeção de consciência, podendo, diante da negativa do paciente, optar por não realizar ações que, embora legais, contrariam suas convicções éticas.

Vale mencionar o termo de recusa de tratamento médico, um documento no qual o paciente expressa sua decisão de recusar uma terapia, exame ou procedimento sugerido por um profissional de saúde. Este documento é utilizado para proteger tanto o paciente quanto o médico, garantindo que a recusa foi uma escolha livre, consciente e informada. Assim, o médico "pode ficar surpreso com essa decisão – mas não pode tentar persuadir o paciente ao contrário" (Gerencio, 2024).

Ademais, é fundamental lembrar o que estabelece o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Portanto, nenhum paciente pode ser legalmente forçado a seguir as diretrizes do médico. Além disso, é possível revogar um consentimento previamente dado sem que isso implique qualquer sanção.

A Lei nº 8.080/90, a Constituição Federal, a Portaria nº 1.820/2009 e o Código de Ética Médica são exemplos de legislações que garantem os direitos dos pacientes. A Portaria nº 1.820, datada de 13 de agosto de 2009, emitida pelo Ministério da Saúde, define, entre outros direitos, a obrigação de fornecer informações sobre diversas opções terapêuticas de acordo com a condição clínica do paciente, fundamentadas em evidências científicas e na análise de custo-benefício dos tratamentos disponíveis. O paciente tem o direito de recusar um tratamento, desde que essa recusa seja formalizada na presença de uma testemunha, assim como o direito de escolher a terapia que deseja seguir, quando houver alternativas, além da consideração da recusa ao tratamento sugerido (MS, 2009).

Em situações específicas, o Código Penal (CP), no artigo 146, § 3º, I, estabelece que não constitui crime de constrangimento ilegal "I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida". O Código de Ética Médica (CEM, 2019) veda que o médico desconsidere a vontade do

paciente ou de seu representante legal, exceto em circunstâncias de risco iminente de morte. No Capítulo IV, que trata dos direitos humanos, o artigo 22 estabelece que:

É vedado ao médico:

“Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

A figura do termo de recusa de tratamento é estabelecida quando um paciente opta por não aceitar a terapia recomendada pelo médico. Este documento serve para formalizar a decisão do paciente de não se submeter ao tratamento, assumindo a responsabilidade pelas consequências que possam surgir, após o médico ter explicado os benefícios e riscos envolvidos.

O termo deve incluir informações como: dados do paciente; informações do responsável legal (quando aplicável); dados da instituição de saúde e do médico; condição clínica do paciente; diagnóstico; plano terapêutico que está sendo recusado; descrição dos riscos e implicações; confirmação de que o paciente está ciente e exerce sua liberdade de escolha; justificativa da recusa; declaração de que o médico forneceu explicações; e as assinaturas das partes envolvidas.

O médico tem a responsabilidade de avaliar cuidadosamente todas as opções de tratamento disponíveis, permitindo que o paciente faça uma escolha que seja mais adequada ao seu bem-estar. Dessa forma, o paciente pode conhecer todas as alternativas e seus riscos, podendo, por exemplo, optar por uma terapia menos invasiva. Somente após essa avaliação e discussão é que o paciente assina o termo de consentimento, de forma livre e esclarecida.

4. A APARENTE ANTINOMIA DOS PRINCÍPIOS E A PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Considera-se que estamos diante de uma antinomia de princípios quando diferentes princípios jurídicos colidem, resultando em uma situação em que a aplicação de um princípio exclui ou limita a aplicação de outro. De

acordo com a teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy (1997), os princípios se configuram como categorias de normas jurídicas que atuam como mandatos de otimização, sugerindo que algo deve ser realizado conforme as probabilidades jurídicas, com o princípio de maior relevância prevalecendo no caso concreto.

No contexto discutido, o princípio da autonomia concede ao paciente o direito de decidir sobre a terapia mais apropriada de acordo com seus padrões morais e crenças religiosas. Assim, na ausência da alegada primazia da vida, defendida por certos juristas, deve prevalecer o direito que melhor respeite a dignidade do indivíduo, neste caso, o direito das Testemunhas de Jeová à liberdade religiosa. Portanto, considerando que os cidadãos têm o direito constitucional à liberdade religiosa, expressando sua fé através de crenças, assim como o direito à vida privada e à intimidade, que assegura a condução de suas vidas e escolhas conforme desejarem, desde que não infrinjam os direitos de terceiros, não se pode aceitar que uma lei infraconstitucional, como o Código Penal, conceda ao médico a autorização para agir em desacordo com a vontade expressa do paciente Testemunha de Jeová, que exerceu sua autonomia por meio de consentimento livre e esclarecido. Isso é ainda mais evidente no que diz respeito ao Código de Ética Médica, cujas normas são consideradas infrelegais (Pereira, 2020).

O médico poderá atuar, por exemplo, na situação em que o paciente seja admitido no hospital em estado inconsciente. Priscilla Ramineli Leite Pereira comenta sobre o disposto no artigo 146, § 3º, inciso I do Código Penal, em conjunto com o artigo 22 do Código de Ética Médica, dispositivos que autorizam a realização de procedimentos sem o consentimento do paciente, quando este se encontrar em eminente risco de morte.

Muito diferente é a situação em que o doente manifestou sua vontade, seja no ato ou mediante testamento vital válido, contrariamente ao procedimento que lhe foi proposto. Neste caso, não é possível reconhecer como válida a ação contrária à vontade do paciente. Conclui-se, assim, que os referidos artigos somente serão considerados pertinentes ao ordenamento jurídico pátrio se interpretados à luz da Constituição, donde se extrai a diferença entre a atuação sem o consentimento e contra o consentimento (Pereira, 2020, p. 59).

Diante de casos como este, onde ocorre o dilema de escolher entre o princípio da autonomia e o da beneficência, deve-se sopesar que quem decide

o que é benéfico ou não deve ser o paciente, aquele que sofre em decorrência de algum mal. Corrobora com este pensamento Leiria, o qual indaga:

“adianta viver sem dignidade ou com dignidade profundamente ultrajada? [...] Mesmo o direito fundamental à vida não é absoluto, encontrando limites no princípio da dignidade da pessoa humana, que, afinal, é o alicerce de todo e qualquer direito. Note-se que é a dignidade da pessoa humana – e não a vida – um dos fundamentos da República (2009, p.56-57).

Destarte, no âmbito jurídico, a supremacia dos princípios constitucionais indica que os valores estabelecidos na Constituição têm prioridade sobre quaisquer outras normas ou atos do Estado. A dignidade da pessoa humana é um valor imprescindível e, por isso, deve ser o fundamento para a interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e legais. Este conceito é visto como a base dos direitos humanos, garantindo, entre outros, os direitos à vida, à igualdade e à liberdade, atuando como um parâmetro para a interpretação de normas e decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao Estado e a terceiros não é concedido o direito de ameaçar a vida de qualquer indivíduo, exceto em circunstâncias extremamente raras. Dessa forma, a omissão de socorro é passível de penalização, salvo se o próprio titular do direito optar por determinar seu destino. Portanto, o direito à vida não é absoluto, e um adulto Testemunha de Jeová tem o direito de recusar transfusões de sangue, mesmo correndo o risco de morte, já que exerce sua liberdade religiosa, preservando ao mesmo tempo sua privacidade e intimidade.

A autonomia do paciente, considerada um direito fundamental, permite a recusa de transfusões de sangue, especialmente por razões religiosas, desde que a pessoa seja maior de idade, capaz e que a recusa seja feita de forma livre, consciente e informada. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sustentado essa perspectiva, reconhecendo a relevância da liberdade de crença e a dignidade humana.

Sem dúvida, o amor dos pais por seus filhos é uma das relações mais profundas e significativas que existem. É um sentimento incondicional que

superá diversas barreiras. Assim, assume-se que os pais oferecem proteção a seus filhos, sempre buscando seu bem-estar. Este sentimento de cuidado também é presente no coração dos pais Testemunhas de Jeová.

Portanto, à luz do princípio da dignidade humana e considerando a ausência de autonomia da criança, conclui-se que os pais não têm o direito de recusar a transfusão de sangue em nome dos filhos, quando esta for absolutamente necessária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Diretivas de vontade antecipada como meio de proteção dos direitos da personalidade das Testemunhas de Jeová. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria S. G.; PAULICHI, Jaqueline Silva (org.). **Multiculturalismo e minorias vulneráveis**. Brasília, DF: Zakarewicz, 2024.

BIGSBY, Ewan; ACHARYA, Meenakshi R.; WARD, Anthony J.; CHESSER, Timothy J. The use of blood cell salvage in acetabular fracture internal fixation surgery. **Journal of Orthopaedic Trauma**, Hagerstown, v. 27, n. 10, p. e230-e233, out. 2013. DOI: 10.1097/BOT.0b013e3182877684.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: [s. n.], 1988.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Juiz determina suspensão de artigos da Resolução CFM nº 2232/2019. **CFM**, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/juiz-determina-suspensao-de-artigos-da-resolucao-cfm-no-2232-2019>. Acesso em: 3 abr. 2025.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.232/2019**. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 set. 2019, Seção 1, p. 113-114.

FÉDÉRATION CHRÉTIENNE DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE FRANCE. La Cour européenne des droits de l'homme protège l'autonomie des patients.

Témoins de Jéhovah, 18 set. 2024. Disponível em:
<https://www.temoinsdejehovah.org/la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-protege-lautonomie-des-patients>. Acesso em: 2 abr. 2025.

GERENCIO, Claudio. Termo de Recusa de Tratamento: o que é, direitos e deveres médicos. **Medassist Serviços**, 5 ago. 2024. Disponível em:
<https://www.medassistservicos.com.br/blog/termo-de-recusa-de-tratamento/>. Acesso em: 3 abr. 2025.

LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusão de sangue contra a vontade de paciente da religião testemunha de jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 402, ano 105, p. 57, mar./abr. 2009.

MARTINS, Érika Silvana Saquetti; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Testemunhas de Jeová e a recusa em receber transfusão de sangue. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Ensaios de Bioética e Direito**. 2. ed. Brasília, DF: Consulex, 2012.

MASSOTE, Gabriel. Direito à recusa de transfusão: evento abre diálogo sobre autonomia do paciente. **Revista Ações Legais**, [20--]. Disponível em:
<https://www.revistaacoeslegais.com.br/noticias/2602-direito-a-recusa-de-transfusao-evento-abre-dialogo-sobre-autonomia-do-paciente>. Acesso em: 3 abr. 2025.

MINHOTO, A. C. B. A ideia de liberdade, laicidade, consciência religiosa e proteção às minorias religiosas no Brasil contemporâneo. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 25, n. 2, p. 9101, 2023. DOI: 10.25110/rcjs.v25i2.2022.9101.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). **Gerenciamento de Sangue do Paciente**. [S. l.]: Ministério da Saúde, [20--]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/g/gerenciamento-de-sangue-do-paciente>. Acesso em: 2 abr. 2025.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). **Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2009]. Disponível em:
https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em: 23 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. A necessidade urgente de implementar o programa de gestão do sangue do paciente. **OMS**, [20--]. Disponível em:
<https://www.afro.who.int/pt/publications/necessidade-urgente-de-implementar-o-programa-de-gestao-do-sangue-do-paciente>. Acesso em: 6 abr. 2025.

PEREIRA, Priscilla Ramineli Leite. As implicações penais da recusa de transfusão de sangue em pacientes da religião Testemunha de Jeová. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 86, p. 43-75, 2020.

RABELLO, Guilherme. Direito à recusa de transfusão: evento abre diálogo sobre autonomia do paciente. **Revista Ações Legais**, [20--]. Disponível em: <https://www.revistaacoeslegais.com.br/noticias/2602-direito-a-recusa-de-transfusao-evento-abre-dialogo-sobre-autonomia-do-paciente>. Acesso em: 3 abr. 2025.

RAVEL D'ESCLAPON, Manuela de. Transfusion sanguine et autonomie de la personne, toujours un dilemma. **Dalloz Actualité**, [2024]. Disponível em: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/transfusion-sanguine-et-autonomie-de-personne-toujours-un-dilemme>. Acesso em: 26 set. 2024.

TAMBURINI, Stephanie. Refus de transfusion sanguine par un Témoin de Jéhovah: comment réagir? **MACSF**, 14 nov. 2022. Disponível em: <https://www.macsfr/responsabilite-professionnelle/analyse-de-decisions/refus-temoin-jehovah-subir-transfusion>. Acesso em: 2 abr. 2025.

VIEIRA, Silvia Maria Correa; MASSAÚ, Guilherme Camargo; VIEIRA, Maíra. Cuidados Paliativos: Análise Sob As Perspectivas do Direito Social à Saúde e da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 493-510, 2024.

Recebido em: 21/03/2024
Aceito em: 05/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11054



ANÁLISE JURÍDICO-PENAL E SOCIAL DA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI 14.811/2024 NA LUTA E REPRESSÃO CONTRA O BULLYING E CYBERBULLYING

LEGAL, CRIMINAL, AND SOCIAL ANALYSIS OF THE IMPLEMENTATION OF LAW 14.811/2024 IN THE FIGHT AND REPRESSION AGAINST BULLYING AND CYBERBULLYING

*Luiz Guilherme Luz
Cardoso*

Doutorando em Direito vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Bolsista CNPQ Doutorado Mod. 01).

Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2023) - Bolsista CAPES. Membro da Equipe de Acompanhamento de Produção Científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (2024). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2021). Membro do grupo de pesquisa CNPQ: "Direito Penal econômico e Justiça Penal Internacional" (2024).

guilhermeramalhense@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6996-8093>

RESUMO: Este artigo analisa a recente legislação acerca do bullying e cyberbullying, ressaltando sua importância diante da crescente incidência desses comportamentos prejudiciais. No entanto, identifica lacunas no texto normativo, como a falta de precisão na caracterização do delito e questões concernentes à sua aplicação a adolescentes com menos de dezoito anos. Ademais, questiona a efetividade das penalidades, que impõem punições aos adolescentes transgressores. Diante desse quadro, o artigo sugere uma análise detalhada da legislação, utilizando o método de análise de conteúdo. O propósito é estimular pesquisas acadêmicas direcionadas para a efetividade e aplicação dessa lei. Destaca-se a relevância de compreender esses aspectos para melhorar a resposta legal ao bullying e cyberbullying, garantindo a salvaguarda das vítimas e a promoção de ambientes escolares seguros.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação; Bullying; Cyberbullying; Adolescentes; Efetividade.

ABSTRACT: The text analyzes the recent legislation regarding bullying and cyberbullying, highlighting its importance given the increasing incidence of these harmful behaviors. However, it identifies gaps in the regulatory text, such as the lack of precision in defining the offense and issues concerning its application to adolescents under the age of eighteen. Furthermore, it questions the effectiveness of the penalties imposed on offending teenagers. In this context, the article suggests a detailed analysis of the legislation, employing the method of content analysis. The aim is to encourage academic research focused on the effectiveness and application of this law. The relevance of understanding these aspects to improve the legal response to bullying and cyberbullying, ensuring the protection of victims and the promotion of safe school environments, is emphasized.

KEYWORDS: Legislation; Bullying; Cyberbullying; Adolescents; Effectiveness.

Como citar: CARDOSO, Luiz Guilherme Luz. Análise jurídico-penal e social da implementação da lei 14.811/2024 na luta e repressão contra o bullying e cyberbullying. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 21-38, 2025.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.811 de 2024, que estabelece medidas de proteção contra o *bullying* e o *cyberbullying* direcionadas a crianças e adolescentes, recebeu elogios de uma parte significativa da comunidade jurídica. Esses elogios se devem à sua abordagem positiva ao criminalizar as práticas discriminatórias contra adolescentes nos ambientes educacionais (Brasil, 2024). No entanto, recebeu críticas por manter na impunidade adolescentes que cometem crimes, os quais são submetidos a medidas socioeducativas em vez de penas.

Infelizmente, os números relacionados as práticas de *bullying* e de *cyberbullying* são alarmantes, tanto no Brasil quanto no exterior. Conforme indicado por dados da Pesquisa Nacional de Saúde Escolar (PeNSE) e do IBGE, mais de 40% dos estudantes adolescentes no Brasil enfrentam situações de *bullying* no ambiente escolar (PenSE, 2019; IBGE, 2023).

Além disso, a mídia convencional tem dedicado uma atenção constante a esse tema, divulgando casos reiterados de *bullying* nas escolas, gerando significativas dificuldades para as famílias desses adolescentes, em particular, e causando preocupação generalizada na sociedade, o que reforça a importância e urgência das medidas legislativas implementadas pela Lei nº 14.811 de 2024.

A nova legislação, embora elogiada por alguns juristas e vista como necessária diante do aumento das práticas de *bullying* e *cyberbullying*, apresenta lacunas em seu texto jurídico. Essas lacunas incluem a falta de uma metodologia clara de tipificação do crime, questões relacionadas à territorialidade e à aplicabilidade da norma a menores de dezoito anos, que são considerados inimputáveis. Além disso, as penas estabelecidas na legislação, limitadas a multas para os adolescentes que se enquadram nas condutas estabelecidas pela Lei nº 14.811/2024, acrescidas no art. 146-A do Código Penal, suscitam questionamentos quanto à eficácia e proporcionalidade das punições.

Diante deste cenário e das lacunas jurídicas identificadas na Lei de *bullying* e *cyberbullying*, este artigo propõe-se a uma análise aprofundada do conteúdo normativo em questão, por meio do método da análise de conteúdo (Bardin, 2009). Assim, pretende-se fomentar a agenda acadêmica para que

promova investigações legislativas voltadas para a eficácia, aplicabilidade e concretização dessa legislação.

Portanto, infere-se, que a compreensão detalhada desses aspectos é essencial para aprimorar a resposta legal diante do problema do *bullying* e *Cyberbullying*, garantindo que as medidas adotadas sejam efetivas na proteção das vítimas e na promoção de ambientes escolares seguros e saudáveis.

1. ABORDAGEM JURÍDICA DO BULLYING E CYBERBULLYING: DA PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE AO CÓDIGO PENAL

O fenômeno do *bullying* é reconhecido como uma realidade presente não apenas no Brasil, mas também em escala global. Ele se caracteriza por comportamentos reiterados de violência direcionada a uma pessoa ou grupo, manifestando-se em diversos ambientes que envolvem contato interpessoal. Essa problemática é particularmente evidente no âmbito escolar, onde pesquisas revelam que crianças e adolescentes frequentemente adotam posturas antissociais, comportamentos individualistas e agressivos.

Diante desse cenário, as consequências derivadas do *bullying* são diversas e podem se manifestar em diferentes momentos. Essas repercussões podem ser imediatas, apresentando impactos imediatos na saúde mental e emocional das vítimas, ou se estender a médio e longo prazo, influenciando significativamente o desenvolvimento psicossocial dos envolvidos.

Na definição de Esteves, o *bullying* configura-se como uma forma específica de violência escolar entre pares, destacando-se por comportamentos violentos e atitudes hostis. As motivações para essa prática não são plenamente racionais do ponto de vista das justificativas morais, expressando, assim, sentimentos de intolerância à diferença (Esteves, 2019).

Adicionalmente, Olweus destaca que o *bullying* é reconhecido como um comportamento agressivo, caracterizado pela intenção ou desejo de prejudicar ou causar desconforto a outra pessoa. Embora o autor levante questionamentos sobre a intencionalidade do ato e expresse dúvidas sobre se o agressor realmente tinha a intenção de prejudicar o outro, ressalta-se que

para a conceituação do *bullying* não se leva em consideração a intencionalidade ressaltada no relato do autor, mas a compreensão do contexto em que o comportamento ocorre (Olweus, 2013).

Já o *Cyberbullying*, refere-se ao comportamento de *bullying* que ocorre por meio da Internet ou de qualquer ferramenta da tecnologia da informação e comunicação. Nesse contexto, o agressor se envolve em práticas como exposição, intimidação, difamação, uso de palavras ofensivas, humilhação e disseminação de piadas prejudiciais em relação à vítima, atingindo uma ampla audiência em questão de segundos (Felizardo, 2010).

Como todo fenômeno, o *cyberbullying* detém características intrínsecas, tais como: a) a acessibilidade, uma vez que os agressores podem causar sofrimento a qualquer hora do dia, diferentemente do *bullying* tradicional, que muitas vezes está limitado a um período específico de interação; b) o anonimato, em que o agressor geralmente permanece oculto, aproveitando-se da natureza anônima da Internet para se sentir protegido por um nome ou perfil falso, e por último; c) o medo de punição, que é uma outra característica, pois a vítima, receosa de retaliações, pode hesitar em buscar ajuda, temendo que os ataques aumentem e que seus pais restrinjam o acesso a dispositivos eletrônicos (Beran; Li, 2007).

Ademais, conforme apontado pelos estudos acerca do *cyberbullying* identificam-se oito diferentes modos de perpetrar essa prática criminosa: a) comunicação agressiva online, que engloba o envio de mensagens virtuais com conteúdo ameaçador; b) assédio reiterado, caracterizado pelo ato repetitivo de ofender a vítima; c) difamação, quando o agressor prejudica a reputação subjetiva da vítima; d) usurpação de identidade, no qual o agente se faz passar pela vítima, utilizando o nome dela para realizar ações ilícitas ou prejudicá-la; e) manipulação social, com o objetivo de impactar negativamente a comunidade de relações sociais da vítima; f) divulgação não autorizada de informações pessoais e confidenciais, ao compartilhar dados da vítima, expondo-os a amigos e usuários online; g) isolamento virtual, ao encorajar outros a evitar ou bloquear a vítima, restringindo sua capacidade de comunicação; e, por último; h) exposição inadequada, ao publicar imagens ou vídeos comprometedores da vítima na Internet (Roder; Silva, 2018).

Assim, depreende-se, que numa primeira distinção de literatura, no *bullying*, ocorre regularmente a prática de agressões e insultos, em que o agressor demonstra sua suposta superioridade sobre a vítima, buscando deliberadamente impor sofrimento físico e emocional. Já no cenário do *cyberbullying*, observa-se uma notória disseminação das ofensas, resultando em um agravamento do sofrimento emocional da vítima, dada a sua ampla exposição a milhares de pessoas, tornando desafiante o controle sobre a propagação e punição dessas hostilidades.

É especialmente por meio desses aspectos delimitativos que a legislação desempenha um papel crucial como instrumento do Estado para orientar as práticas sociais. No contexto nacional, há diversos instrumentos destinados a assegurar os direitos das crianças e adolescentes, com destaque para o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990 por meio da Lei nº 8.069.

O art. 5º do ECA estabelece princípios fundamentais para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes¹. O texto aborda uma proteção ampla, proibindo qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão em relação às crianças e adolescentes (Brasil, 1990), o que demonstra a intenção de garantir uma proteção abrangente contra diferentes tipos de ameaças.

Além disso, o art. 5º reflete o princípio da prioridade absoluta, estabelecido pelo ECA, que coloca os interesses e direitos das crianças e adolescentes em posição de máxima prioridade, considerando sua condição de desenvolvimento e vulnerabilidade. O artigo prevê a responsabilização legal por qualquer atentado aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, indicando a intenção de garantir consequências legais para a violação desses direitos.

A formulação "por ação ou omissão" (Brasil, 1990) abrange tanto ações diretas que possam prejudicar as crianças e adolescentes quanto a falta de ações necessárias para protegê-los. Isso reforça a ideia de que a negligência ou omissão também são consideradas violações. Por estas razões, o conteúdo

¹ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (Brasil, 1990).

do art. 5º está alinhado com princípios de direitos humanos e normas internacionais relacionadas à proteção da infância, destacando o comprometimento do Brasil em conformidade com padrões globais.

No contexto escolar, a diversidade de culturas, crenças, e perspectivas, assim como as interações sociais influenciadas pelo ambiente familiar, destacam-se como elementos fundamentais. Nesse sentido, a análise do art. 5º do ECA suscita reflexões sobre a lacuna entre o ideal de ambiente escolar preconizado no Brasil e a realidade atual, seja através de experiências pessoais ou exposição midiática.

A escola, portanto, surge como um ambiente propício para a correção de comportamentos inadequados, oferecendo orientações aos jovens para que possam ajustar suas condutas. Esse processo não apenas busca fomentar a tolerância e o respeito entre os colegas, mas também visa promover um convívio pacífico e harmonioso em grupo.

Na sequência, o Art. 7º do ECA propõe um princípio fundamental, destacando o direito à proteção à vida e à saúde para crianças e adolescentes (Brasil, 1990). Essa disposição ressalta a importância de garantir condições adequadas desde o nascimento, promovendo um desenvolvimento saudável e harmonioso. Além disso, o artigo sublinha a necessidade de efetivação desses direitos por meio de políticas sociais públicas, evidenciando a importância de ações governamentais e programas específicos voltados para o bem-estar, saúde e desenvolvimento adequado dessa faixa etária.

Ao encontro das políticas estabelecidas pelo ECA, a Lei. nº 13.185 de 2015 instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática. De acordo com essa Lei, a intimidação sistemática, também conhecida como *bullying*, é caracterizada como todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, que ocorre sem motivação evidente, sendo praticado por indivíduo ou grupo contra uma ou mais pessoas. O objetivo é intimidar ou agredir a vítima, causando dor e angústia, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (Brasil, 2015).

Apesar de definir, caracterizar e classificar o *bullying*, a legislação em questão não adota uma abordagem punitiva como foco principal. Seu objetivo central reside na prevenção dessa forma de violência, destacando a importância da capacitação de educadores e da comunidade escolar.

Adicionalmente, visa orientar pais e familiares na identificação de vítimas e agressores, proporcionando-lhes assistência psicológica, social e jurídica. Essa abordagem tem como intuito acolher todos os envolvidos na situação, estimulando a reflexão sobre as circunstâncias enfrentadas.

Portanto, com um caráter meramente informativo, a norma enfatiza a integração entre meios de comunicação, escolas e sociedade, conforme estabelecido no art. 4º, inciso VI². Essa colaboração visa disseminar informações que contribuam para a prevenção e o combate ao *bullying*, reconhecendo o papel significativo que programas televisivos ou online desempenham no desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes.

Por estas razões, a Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024, também conhecida como “Lei do *Bullying*” representou um significativo avanço na legislação brasileira, pois não apenas introduziu incisos nos artigos 121 e 122 do Código Penal, mas também criou um tipo penal específico para o *bullying* e *cyberbullying*, consolidado no artigo 146-A do mesmo código. Tal medida refletiu a abordagem legal de práticas prejudiciais, demonstrando uma adaptação efetiva do sistema jurídico às demandas contemporâneas de combate à violência e intimidação sistemática no ambiente escolar.

O art. 121 § 2º-B do Código Penal destaca-se ao determinar o aumento da pena por homicídio contra menor de 14 anos, especialmente quando perpetrado em instituições de ensino básica (Brasil, 1940; Brasil 2024). Essa medida responde à necessidade de considerar a gravidade do crime em um contexto educacional, permitindo uma resposta mais efetiva diante de situações de violência específica contra crianças.

No tocante ao art. 122 § 5º do Código Penal, a Lei de *bullying* e *cyberbullying* estabelece a possibilidade de aplicação da pena em dobro nos casos de instigação ao suicídio ou automutilação, quando associados à intimidação sistemática (Brasil, 1940; Brasil 2024). Essa disposição visa punir de forma mais rigorosa líderes, coordenadores ou administradores de grupos, comunidades ou redes virtuais que estejam envolvidos em práticas de

² Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no caput do art. 1º VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo (Brasil, 2015).

bullying, reconhecendo a influência dessas figuras na perpetuação desses atos prejudiciais.

O Artigo 146-A, por sua vez, cria um tipo penal específico para a intimidação sistemática (*bullying*), abordando tanto formas físicas quanto psicológicas desse comportamento³. Este tipo penal preleciona que na ausência da configuração da conduta como um crime de maior gravidade, a penalidade prevista é a aplicação de multa. Neste contexto, sustenta-se que a regulamentação do tipo penal de *bullying* não se adequa ao Direito Penal, uma vez que a sanção usualmente atribuída se restringe à imposição de multa, classificando-o como um delito de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, pode-se inferir que a necessidade urgente de criar esse tipo penal não é identificada, dada a imprecisão na caracterização do delito. Tal constatação sugere que, considerando a natureza da pena aplicada, essa questão seria mais apropriada para ser tratada no âmbito do Direito Civil.

Além disso, destaca-se que os alvos das sanções penais são predominantemente crianças e adolescentes, que em sua maioria presumida não possuem renda. Isso sugere uma inclinação adicional para a criminalização de comportamentos que tende mais em direção à responsabilidade objetiva do que à efetiva realização das funções punitivas.

Já o parágrafo único do art. 146-A, ao abordar a modalidade de intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*), estabelece uma punição mais severa, prevendo pena de reclusão de 2 a 4 anos, além de multa, quando a prática ocorre por meio digital (Brasil, 1940; Brasil 2024). Nesse contexto, percebe-se que o *cyberbullying* apresenta particularidades que justificam sua regulamentação pelo Direito Penal, tendo em vista o alcance expandido das condutas perpetradas na internet e os impactos significativos que podem causar, incluindo danos psicológicos e emocionais às vítimas.

No mais, o conteúdo do tipo penal compilado no art. 146-A do Código Penal apresenta elementos desnecessários, como a referência à possibilidade de o *bullying* ser praticado individualmente ou em grupo, bem como à

³ Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais: Pena - multa, se a conduta não constituir crime mais grave (Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024) (Brasil, 1940).

pluralidade de vítimas. Além disso, a imposição de multa para o *bullying*, contrastada com a pena de reclusão de dois a quatro anos para o *cyberbullying*, cria uma distinção desproporcional, especialmente considerando que o primeiro pode abranger inclusive formas de violência física.

Nesta linha de raciocínio, é crucial ponderar que muitos dos indivíduos envolvidos em atos de *bullying* e *cyberbullying* são crianças e adolescentes, o que pode contribuir para a estigmatização dessa faixa etária. Especialmente devido à aplicação das medidas judiciais, existe o risco de gerar um efeito oposto ao pretendido. Portanto, é essencial agir com cautela na implementação das novas normativas legais, levando em consideração essas complexidades.

Dessa forma, pode-se inferir que as modificações legislativas introduzidas pela Lei de *bullying* e *cyberbullying* têm como objetivo aprimorar a resposta do sistema jurídico diante de práticas prejudiciais, como a intimidação sistemática e virtual. Entretanto, ao estabelecer sanções desproporcionais, aliadas à natureza pecuniária das penalidades, e considerando o público-alvo que, em vez de receber uma abordagem punitiva, deveria ser alvo de políticas educacionais mais eficazes, torna-se necessário refletir sobre o caráter normativo e sancionatório da referida legislação.

2. DESAFIOS NA IMPUTAÇÃO: PENA PARA ADOLESCENTES INIMPUTAVEIS?

Segundo a análise de Greco (2017), o art. 26 do Código Penal delimita a inimputabilidade do indivíduo por meio da convergência de dois elementos fundamentais: a presença de uma condição de saúde mental comprometida ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico) e a completa incapacidade, no momento da ação ou omissão, de compreender a natureza criminosa do ato ou de agir de acordo com tal compreensão (critério psicológico).

Assim, a legislação penal brasileira concebe a inimputabilidade como um instituto que não pode ser presumido, requerendo comprovação através de exames periciais que garantam absoluta certeza no momento de

diagnosticar a condição mental. Por estas razões, o sistema jurídico brasileiro adotou o critério biopsicológico, que exige não apenas a existência da doença, mas também a comprovação da incapacidade absoluta do indivíduo em compreender a natureza criminosa do ato para eximi-lo da responsabilidade penal (Greco, 2017).

Neste cenário, a justificativa da inimputabilidade é comumente apresentada em casos criminais para sustentar que o acusado não deve ser considerado culpado por suas ações devido a uma circunstância que o impossibilita de compreender completamente as consequências de seus atos. Desse modo, há uma condição que pode derivar de diversos elementos, tais como limitações intelectuais, problemas de saúde mental, deterioração cognitiva, intoxicação severa por drogas ou álcool, e outros (Tangerino, 2014).

O direito penal estipula que somente é possível considerar alguém culpado e, portanto, sujeito a punição, se demonstrar capacidade para compreender a natureza ilícita de suas ações e agir com culpa. A inimputabilidade reconhece que, em certos contextos, essa capacidade pode estar comprometida a ponto de justificar a isenção de responsabilidade criminal (Tangerino, 2014).

No Brasil, a questão da imputabilidade penal está diretamente ligada à idade do indivíduo (critério biológico), sendo a menoridade um dos principais critérios para a inimputabilidade. Segundo o ECA, são considerados inimputáveis os indivíduos com até 12 anos incompletos, e os adolescentes, aqueles que possuem entre 12 e 18 anos incompletos. A partir dos 18 anos completos, dá-se a imputabilidade penal, conforme estabelecido no artigo 228 da Constituição Federal de 1988, sujeitando-se às normas do Código Penal, enquanto os menores de idade são regidos por legislação especial (Brasil, 1988; 1990).

De acordo com as observações de Bittencourt (2010), o legislador brasileiro optou pela presunção absoluta de inimputabilidade para menores de dezoito anos, motivado por considerações de política criminal. A justificativa expressa na Exposição de Motivos do Código Penal, que respaldava essa decisão, argumentava que aqueles que propõem a redução do limite, diante do aumento da criminalidade, que a cada dia recruta um número maior de menores, levam em conta o fato de que o menor, se ainda

não é completo, é naturalmente antissocial, uma vez que não foi devidamente socializado ou instruído. A correção do processo de formação de caráter deve ser atribuída à educação, não à punição penal.

Neste sentido, no que diz respeito à menoridade penal no Brasil, é crucial compreender os elementos constitutivos do crime, adotando-se a teoria tripartite, onde o crime é considerado um fato típico, ilícito e culpável, com esses elementos interligados. Portanto, ao lidar com crianças e adolescentes que cometem *bullying* e *cyberbullying*, deve-se levar em conta a culpabilidade, elemento analítico do crime, diretamente relacionada à imputabilidade.

Desse modo, as responsabilidades dos menores de dezoito anos que cometem infrações serão reguladas pelo ECA que estipula medidas socioeducativas adequadas à gravidade dos atos e à idade dos adolescentes, ao invés de imputar-lhes pena. Assim, por estarem em fase de formação, os adolescentes necessitam principalmente de educação e orientação, em contraposição à aplicação de medidas prisionais ou de encarceramento, que funcionam como uma espécie de "universidade do crime", na qual é impossível que alguém saia dela melhor do que entrou (Bittencourt, 2010).

Em contraposição, a Lei de *bullying* e *cyberbullying* introduziu um tipo penal específico no Código Penal, a saber, o artigo 146-A, para estabelecer a punibilidade dos atos praticados por adolescentes que se enquadram no conceito de intimidação sistemática e virtual. No primeiro caso, é prevista uma pena de multa, enquanto no segundo, é estipulada uma pena de reclusão de dois a quatro anos, passível de cumulação com multa⁴.

Neste contexto, o legislador se baseou principalmente em critérios punitivos direcionados aos indivíduos abrangidos pelo Código Penal. No entanto, é crucial ressaltar que este não inclui os adolescentes que cometem *bullying* e *cyberbullying*, pois eles estão sujeitos às disposições da legislação

⁴ Intimidação sistemática (*bullying*): Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais: Pena - multa, se a conduta não constituir crime mais grave. Intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*) Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real: Pena - reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave (Brasil, 1940).

específica, o ECA, exceto em circunstâncias subsidiárias. Portanto, destaca-se a necessidade de priorizar a aplicação da lei especial sobre a lei geral, sem prejuízo das exceções previstas.

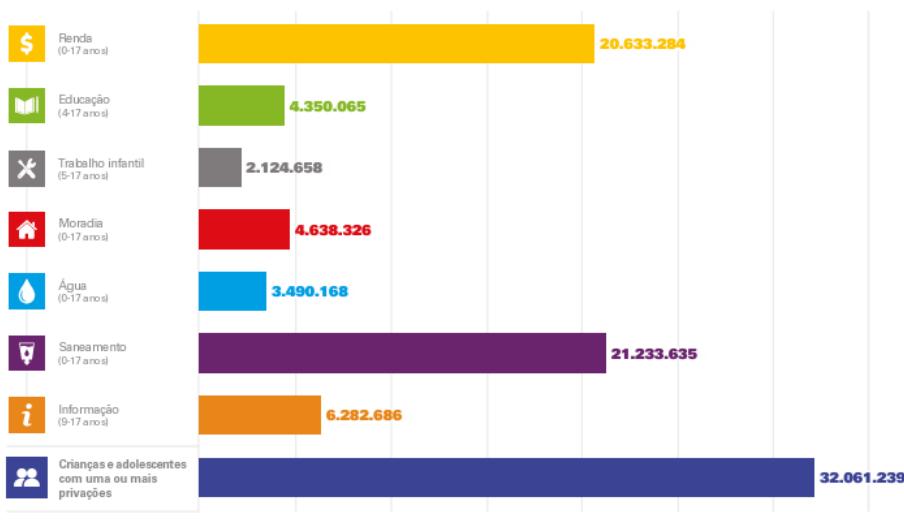
Assim, infere-se que o critério biológico prevalece no sistema jurídico brasileiro, independentemente da capacidade do adolescente, no momento da infração, de compreender e querer o ato infracional. Tanto a inexistência de culpabilidade, decorrente da inimputabilidade, quanto a aplicação subsidiária do Código Penal aos adolescentes, contribuem para a complexidade da situação criada pelo legislador ao penalizar condutas que frequentemente ocorrem no ambiente escolar, onde o Código Penal não seria aplicável. Portanto, é inequívoca a ideia doutrinária que preconiza medidas socioeducativas para adolescentes e penas para os maiores e capazes.

3. DESAFIO À CONCRETIZAÇÃO DA LEI N° 14.811/2024 NA REPRESSÃO AO BULLYING E CYBERBULLYING

Dados da UNICEF Brasil apontam que em 2019 a pobreza multidimensional⁵ afetava 63,1% da população brasileira com até 17 anos, o que equivalia a cerca de 32 milhões de crianças e adolescentes. Essa quantidade supera a população de muitos países latino-americanos e das sete maiores cidades do Brasil. Além disso, a pandemia agravou esse cenário, com indicadores de pobreza multidimensional piorando entre 2020 e 2022 (UNICEF, 2024).

⁵ A pobreza multidimensional expande o conceito tradicional de avaliação da pobreza, que historicamente se limita à consideração exclusiva da renda monetária como fator determinante do grau de privação dos indivíduos. Essa nova abordagem visa abranger todas as formas de privações enfrentadas pelos indivíduos em seus contextos sociais, econômicos e políticos (UNICEF, 2024).

Crianças e adolescentes privados(as) de direitos por dimensão em números absolutos, 2019



Fonte: UNICEF, 2024.

Ao analisar o gráfico, constata-se que a renda constitui o principal indicador, sendo a terceira maior causa de violação dos direitos o grupo de crianças e adolescentes privados da renda familiar necessária para satisfazer suas necessidades básicas. Esse dado evidencia que a realidade enfrentada pela infância e adolescência, especificamente no contexto de aplicação da Lei de *bullying* e *cyberbullying*, é impactada pela incapacidade de suportar a penalidade pecuniária estabelecida no Artigo 146-A do Código Penal. Isso destaca, uma vez mais, a dificuldade em efetivar essa norma.

Na sequência, é relevante observar que o índice de violação do direito educacional, isto é, o acesso e a permanência na escola, também é significativo, indicando que o âmbito de aplicação da norma está comprometido, especialmente porque é na escola e durante a idade escolar que ocorre a maior parte das práticas de *bullying* e *cyberbullying*. Assim, a discussão transcende a mera punição, uma vez que o sistema educacional não consegue abranger todas as realidades da infância e adolescência. Portanto, a maior penalidade não é a prisão, mas sim a perpetuação da estigmatização da violência sistemática que priva crianças e adolescentes de uma educação de qualidade.

Neste recorte, foram considerados apenas dois indicadores: renda e educação. No entanto, é importante ressaltar que o gráfico revela que as privações de direitos na infância não se limitam a uma única violação, mas

podem estar interligadas a outras áreas, como acesso a saneamento básico, moradia adequada, água potável, informação e diversos outros aspectos. Essa abrangência demonstra a complexidade e a multiplicidade de desafios enfrentados pelas crianças e adolescentes em sua jornada rumo a uma vida digna e plena.

No mais, o relatório "Múltiplas dimensões da pobreza: na infância e na adolescência no Brasil" (UNICEF, 2024) revela um aumento significativo no período de 2020 a 2021 no número de crianças e adolescentes enfrentando privações alimentares, passando de 16,1% para 25,7%. Além disso, houve um crescimento no índice de analfabetismo e nas dificuldades financeiras. Em 2021, 16,1% das crianças e adolescentes estavam em famílias com renda abaixo da linha de pobreza extrema, alcançando o maior índice dos últimos cinco anos (UNICEF, 2024).

Assim, é essencial reconhecer que o *bullying* e o *cyberbullying* acontece em um cenário em que crianças e adolescentes frequentemente vivenciam privações de direitos, cuja garantia poderia promover uma compreensão mais ampla sobre a aceitação das diferenças e a luta contra a violência. Portanto, penalizar esse grupo social equivale, em termos doutrinários, a uma duplicidade de punição, conhecida como "*bis in idem*". Isso implicaria em punir duas vezes a criança ou o adolescente: primeiro pela falta de proteção de seus direitos fundamentais e depois pela violação do artigo 146-A do Código Penal.

Desse modo, ante as inúmeras transgressões aos direitos fundamentais e sociais das crianças e adolescentes, que configuram uma forma de violência sistêmica, é imperativo que o sistema jurídico se modernize, adotando novas estratégias para enfrentar de maneira eficaz os casos de *bullying* e *cyberbullying*.

Assim, é importante salientar que a simples penalização do *bullying* e do *cyberbullying* pode não surtir o efeito desejado em termos de eficácia. Torna-se, portanto, crucial um esforço de sensibilização social sobre o tema. Uma abordagem promissora para lidar com esse desafio é a adoção de uma análise interpretativa que englobe uma variedade de áreas do direito, bem como disciplinas correlatas, como psicologia, sociologia e filosofia.

Neste sentido, comprehende-se imprescindível conduzir estudos sociais aprofundados, enquanto o legislador deve adotar uma abordagem mais criteriosa antes de proceder à legislação concernente à criminalização desses comportamentos. Assim, torna-se crucial a implementação de políticas públicas que instituem redes de proteção para crianças e adolescentes, fomentando sua integração social, respeitando a diversidade e reprimindo a discriminação.

No entanto, percebe-se que a falta de abordagem interdisciplinar e análise social pode ser identificada como uma das barreiras à efetiva implementação da Lei de *bullying* e *cyberbullying* atualmente em discussão. Isso se deve à negligência, durante o processo legislativo de elaboração dessa norma, em relação a outras abordagens normativas que não se concentram exclusivamente na punição, revelando uma inclinação predominante para a criminalização por parte do legislador.

Portanto, torna-se imperativo reconhecer a necessidade de adotar políticas estruturais que promovam a dignidade humana, incentivem a integração social e estabeleçam instituições voltadas para a formação de uma consciência cidadã multidimensional. Isso é crucial para impulsionar o desenvolvimento educacional, cultural e de consciência, com o objetivo de valorizar as diversidades e tornar a luta contra o *bullying* e o *cyberbullying* mais eficaz.

CONCLUSÃO

Dante do exposto, é possível concluir que os temas discutidos apresentam uma complexidade intrínseca, abrangendo desde a análise jurídico-penal e social da implementação de leis até questões multidimensionais como pobreza e violações de direitos das crianças e adolescentes. Nesse contexto, torna-se evidente que lidar com desafios como o *bullying* e o *cyberbullying* requer uma abordagem holística, que não se restrinja apenas à aplicação de sanções, mas que também promova políticas estruturais e educacionais, incentivando a integração social e valorizando a diversidade.

No caso específico da Lei 14.811/2024, enfrenta-se desafios significativos em sua efetiva implementação. Dentre as barreiras identificadas, destaca-se a ausência de uma abordagem interdisciplinar e de análise social durante o processo legislativo de elaboração da norma. Essa lacuna revela uma inclinação predominante para a criminalização por parte do legislador, negligenciando outras abordagens normativas que poderiam ser mais abrangentes e eficazes na prevenção e combate desses fenômenos.

Da forma como demonstrado no gráfico, torna-se evidente que a renda é o principal indicador, sendo a privação da renda familiar necessária para satisfazer as necessidades básicas a terceira maior causa de violação dos direitos das crianças e adolescentes. Este dado evidencia que a realidade enfrentada pela infância e adolescência, especialmente no contexto da aplicação da Lei de *bullying* e *cyberbullying*, é afetada pela incapacidade de arcar com a penalidade pecuniária estabelecida no Artigo 146-A do Código Penal.

Diante dessas considerações, torna-se crucial promover uma reflexão mais ampla e multidisciplinar para enfrentar o *bullying* e o *cyberbullying*, incorporando leis que não se limitem apenas à punição, mas que também busquem promover a educação, a conscientização e a integração social como formas fundamentais de prevenção e mitigação desses problemas.

REFERÊNCIAS

- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** Lisboa: Edições 70, 2009.
- BERAN, T.; LI, Q. **The Relationship between Cyberbullying and School Bullying.** Journal of Student Wellbeing, v. 1, n. 2, p. 15-33, 2007.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015.** Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Diário Oficial da União, Poder

Executivo, Brasília, DF, 06 nov. jan. 2015. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm.
Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasilia, DF, 15 jan. 2024. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm.
Acesso em: 08 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.
Acesso em: 08 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasilia, DF, 13 jul. 1990. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm.
Acesso em: 08 mar. 2024.

ESTEVES, Pâmela. **Bullying no contexto brasileiro: notas e referências.** Educativa, Goiânia, V. 22, p. 1-22, abril de 2019.

FELIZARDO, Aloma Ribeiro. **Cyberbullying: Difamação na Velocidade da Luz.** São Paulo: Willem Books, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE) 2019. Disponível em:
<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9193-pesquisa-nacional-de-saude-do-escolar.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 10 mar. 2024.

OLWEUS, D. **The plight of victims of school bullying: the opposite of well-being.** In Handbook of Child Well-Being, ed. B-A Asher, F Casas, I Frones, JE Korbin. Heidelberg, Ger.: Springer. In press, 2013.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva; RODER, Priscila Costa Schreiner; Silva, Helder Magno da. **Crimes Cibernéticos.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade.** 2. Ed. –São Paulo: Saraiva, 2014.

UNICEF. **As múltiplas dimensões da pobreza. Na infância e na adolescência no Brasil.** 2024. Disponível em:
<file:///C:/Users/fabri/Downloads/multiplas-dimensoes-da-pobreza-na-infancia-e-na-adolescencia-no-brasil.pdf>. Acesso em 10 mar. 2024.

Recebido em: 16/04/2024
Aceito em: 06/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11126



FEMINICÍDIO NEGRO NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE COMBATE A UMA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E COR E OS DESAFIOS DA ATUAÇÃO MINISTERIAL

BLACK FEMICIDE IN BRAZIL: PERSPECTIVES FOR COMBATING GENDER AND COLOR-BASED VIOLENCE AND THE CHALLENGES OF MINISTERIAL ACTION

*Roberto Carvalho
Veloso*

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Universidade Federal do Maranhão.

guilhermeramalhense@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-3936-2132>

*Anna Carolina de
Oliveira Abreu Melo*

Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão.

anna.melo@discente.ufma.br

<https://orcid.org/0009-0009-3922-3686>

*Ana Esther Cunha
Cadete*

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

esther.an@discente.ufma.br

<https://orcid.org/0009-0003-8002-7018>

*Sâmilla Honória
Barbosa Brito*

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

samilla.brito@discente.ufma.br

<https://orcid.org/0009-0002-2733-9760>

RESUMO: Este artigo realiza uma breve análise sobre o feminicídio negro como uma violência de gênero e cor e suas perspectivas de combate, com foco na atuação do Ministério Público. Utilizou-se, para tanto, metodologia indutiva, com método sócio-jurídico e método de pesquisa qualitativo, por meio da leitura de artigos, doutrinas sobre o assunto e legislações pertinentes, em específico a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Ao longo do trabalho, buscou-se diferenciar a violência de gênero e a violência doméstica, entendendo-as como raiz do feminicídio, analisar, historicamente, o feminismo negro como algo ancestral e anterior ao feminismo branco e o feminicídio negro como resultado do sistema escravista, investigar os índices de feminicídio negro no país e observar como o Ministério Público atua no combate a esta prática que vem crescendo no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio Negro; Lei Maria da Penha; Ministério Público; Violência.

ABSTRACT: This article provides a brief analysis of black femicide as violence of gender and color and its combat perspectives, focusing on the actions of the Public Prosecutor's Office. To this end, the inductive methodology, with socio-legal method and qualitative research method, through reading articles, doctrines on the subject and relevant legislation, specifically Law 11,340/2006, known as the Maria da Penha Law. Throughout the work, we sought to differentiate gender violence and domestic violence, understanding them as the root of femicide, analyzing, historically, black feminism as something ancestral and prior to white feminism and black femicide as a result of the slavery system, investigate the rates of black femicide in the country and observe how the Public Ministry works to combat this practice that has been growing in Brazil.

KEYWORDS: Black Femicide; Maria da Penha Law; Public Ministry; Violence.

Como citar: VELOSO, Roberto Carvalho; MELO, Anna Carolina de Oliveira Abreu; CADETE, Ana Esther Cunha; BRITO, Sâmilla Honória Barbosa. Feminicídio negro no brasil: perspectivas de combate a uma violência de gênero e cor e os desafios da atuação ministerial. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 39-59, 2025.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, ao longo da história, teve sua evolução marcada por aspectos e convenções que moldaram as relações sociais estabelecidas, tanto em questões de gênero quanto raciais. Logo, em uma sociedade marcada pela influência do patriarcado e pelos quatro séculos de escravidão, inúmeros problemas podem ser observados.

Neste ponto, ressalta-se que um dos mais recorrentes é o feminicídio, assassinato no qual a vítima é mulher sendo sua vida ceifada simplesmente por causa do gênero. Entretanto, muito além da questão do sexo feminino, é imprescindível observar também o aspecto racial, como ponto relevante de discussão acerca de uma parte invisível de um problema já tão conhecido.

Dessa forma, este trabalho se propõe a realizar um estudo acerca do feminicídio negro no Brasil, pautando-o como uma violência de gênero e cor, surgindo da inquietação frente ao seu crescimento no país. Dessa forma, urge discutir, aprofundar-se e estudar o assunto, de modo a buscar formas de combate. Nesse sentido, também se propõe estudo e reflexão do papel do Ministério Público frente ao combate do feminicídio negro, buscando investigar sua atuação e quais meios são utilizados para a mitigação do assassinato de mulheres negras.

Pontua-se, ainda, que o feminicídio negro é mais um fruto da carga secular de marginalização enfrentada pela população negra no Brasil, que não tem seus direitos assegurados de forma eficaz. Portanto, se faz necessário analisar o recorte histórico, buscando entender as raízes de um problema que atravessa gerações para, muito além de discuti-lo em sua totalidade e complexidade, entender que uma mudança e combate só serão eficazes se houver a colaboração de toda a sociedade.

A metodologia de pesquisa qualitativa foi a utilizada para o desenvolvimento deste estudo, no qual as pesquisas foram feitas tanto em doutrinas e artigos científicos que tenham tratado do tema, bem como revistas científicas, quanto por meio de análises de dados em sites de jornais e clássicos doutrinários do direito. Tudo isso, objetivando uma compreensão global acerca do assunto abordado.

Dessa forma, buscou-se entender o que é o feminicídio negro no Brasil, seu histórico e quais as perspectivas de combate a ele, com foco na atuação do Ministério Público, primeiramente, fazendo a diferenciação entre violência doméstica e de gênero, assegurando uma melhor abordagem acerca da temática. A seguir, promoveu-se uma análise histórica do feminismo e feminicídio negro no Brasil, observando como ocorreram ao longo da história do país, também foi feito um mapeamento dos índices de feminicídio negro no Brasil e seu crescimento nas primeiras décadas do século XXI e, por fim, foi verificada a atuação do Ministério Público no tocante ao recebimento de denúncias e combate ao feminicídio de mulheres negras.

1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, DE GÊNERO E FEMINICÍDIO

Para propiciar uma abordagem mais completa acerca do tema, importa, primeiramente, entender um dos fatores determinantes para a sua existência e perpetuação na sociedade, que é a violência. Nesse sentido, é de fundamental importância separar o conceito de violência doméstica do de violência de gênero que, embora sejam parecidos, carregam consigo particularidades que diferenciam um do outro.

É importante entender o que é gênero, podendo ser definido como “um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder.” (Scott, 1989, p. 21). Assim, gênero é entendido como o elemento norteador das relações de poder, estabelecidas conforme as diferenças percebidas entre homens e mulheres. Essas diferenças são o que colocam a mulher numa posição inferior à do homem numa escala hierárquica que é perpetrada pela sociedade patriarcal, dando origem à violência de gênero.

Tendo isso em evidência, violência de gênero, para Silva e Barros (2021) é fruto das relações desiguais dos papéis exercidos por homens e mulheres na sociedade, nos quais os papéis exercidos pelo masculino são mais valorizados que os exercidos pelo feminino, colocando as mulheres numa posição de submissão. Dessa forma, por meio desse conceito e da abordagem inicial acerca do gênero é possível observar que a violência de gênero possui uma origem histórica, que coloca a mulher numa posição inferior à do

homem, dando a ela uma importância menor que aquela atribuída a ele, fazendo com que a discriminação seja maior para um que para o outro.

Ainda sobre a questão de gênero, traz-se à discussão o pensamento de Moore (1994) que, de forma muito pontual, atribui ao discurso sobre sexualidade e gênero, o cerne da construção de mulheres e homens como tipos diferentes de indivíduos e pessoas, nos quais os do sexo masculino, em diversas sociedades são vistos como ativos, agressivos, impositivos e fortes, enquanto as do sexo feminino são vistas como passivas, submissas e fracas. Tal abordagem deixa claro que os ideais do que é “masculino” e “feminino” são frutos não apenas de uma abordagem social, como também de uma abordagem hierárquica no qual uma classe dominante impõe concepções, pensamentos e comportamentos a uma classe subordinada.

Em relação à legislação brasileira, a violência doméstica contra a mulher é definida pelo artigo 5º da Lei Maria da Penha. Neste ponto, mencione Cunha e Pinto (2023), os quais abordam a violência doméstica como a “agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência” (Cunha e Pinto, 2023, p.71).

Por meio do conceito acima, observa-se que a violência doméstica contra a mulher tem a finalidade principal de subjugá-la, reduzindo-a, mais ainda, a um papel inferior e submisso em relação ao homem. Essa redução, porém, não se caracteriza apenas pela agressão física, aquela que deixa marcas no corpo, mas também pode ser observada de outras cinco formas, abordadas pelo artigo 7º da Lei Maria da Penha, sendo a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, acrescentando que elas são exemplificativas.

A violência doméstica contra a mulher se mostra de várias formas na sociedade. Seja pelo comprometimento da integridade corporal, sexual ou moral, seja pela retenção do seu patrimônio ou afetando o aspecto psicológico da mulher. Todas essas são formas de violência que não devem ser ignoradas apenas porque não deixaram marcas visíveis. Isso porque, a longo prazo, podem gerar consequências irreversíveis, como a morte das mulheres.

Insta relatar que as mulheres em condição de violência doméstica estão em condição de fragilidade e vulnerabilidade emocional, física,

psicológica e financeira, como regra encontrando até mesmo dificuldades em relatar sua situação para as autoridades responsáveis pela persecução penal (Carvalho, 2021, p. 451).

A Organização Mundial de Saúde, inclusive, já declarou que a violência contra mulheres é considerada epidemia de saúde global, informação triste que acarreta a realidade global em que a mulher sofre violência, simplesmente por razões de ser do gênero feminino, simplesmente pelo fato de ser mulher (Carvalho, 2021, p. 452).

O ciclo da violência doméstica, conforme Carvalho (2021) possui três fases, sendo elas a de tensão, onde o relacionamento começa sofrer abalos incidentais com inícios de violência, o segundo momento que é o da explosão da violência, em que as ofensas verbais, ameaças e humilhações iniciais evoluem para a violência física e o terceiro momento que é o da lua de mel em que o agressor adota uma postura mais amável e a mulher deixa de denunciar o fato, pode vir a se desenvolver numa fase mais grave que ocasionará a morte da vítima.

Em relação à morte da vítima, ressalta-se o feminicídio, que nada mais é que o homicídio que ceifa a vida da mulher, puramente por razão de condição de gênero, sendo qualificadora do crime de homicídio, estando prevista no art. 121, § 2º, VI e § 2º-A, I e II, sendo caracterizado por violência doméstica e familiar e/ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Nesse sentido:

O feminicídio é compreendido, por boa parte da literatura, enquanto a parte final de um processo de agravamento da violência e que pode ser entendido como um continuum de terror (Pasinato, 2016). Por conta disso, é possível dizer que o feminicídio é uma violência evitável se forem empregadas políticas públicas de prevenção, proteção e acolhimento das vítimas dos diversos tipos de violência contra as meninas e mulheres. (Bueno *et al.*, 2022, p. 140).

Outro ponto de debate que se abre é acerca do feminicídio ser uma violência evitável. Para Ávila e Pessoa (2020), existem fatores de risco, definidos como elementos circunstanciais que indicam a probabilidade de ocorrência de um feminicídio tentado ou consumado. Os fatores observados, dentro do estudo realizado foram: vítima ou outro familiar ameaçado com faca ou arma de fogo, histórico de agressões físicas agravadas em desfavor da

vítima, uso de álcool ou outras drogas pela vítima, uso de álcool ou outras drogas pelo agressor, autor com antecedentes criminais, vítima com filhos de outra relação e grande diferença de idade entre agressor e vítima

O rol observado por eles, frisa-se, não é taxativo, mas apresenta um bom panorama do que precisa ser observado dentro de um contexto de violência doméstica. Após a identificação dos fatores, deve ser feita a avaliação e gestão dos riscos, de modo a impedir que a violência doméstica chegue a se tornar um feminicídio. Entretanto, para que o impedimento seja efetivo, é necessário o incentivo, em todas as fases do processo para que a mulher saia da situação de violência e não a minimize.

Desta forma, diante da análise realizada, a violência doméstica contra a mulher constitui uma das formas de violência de gênero, que é bem mais ampla e observada na sociedade nos mais diversos casos, principalmente quando a mulher é inferiorizada por condições do seu gênero. A violência doméstica, portanto, em todas as suas formas, representa a raiz do objeto deste trabalho: o feminicídio.

2. AS VULNERABILIDADES DA MULHER NEGRA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Para além das questões de gênero, as questões raciais, no contexto feminino também merecem especial atenção. Isso porque, as consequências da violência, para mulheres negras, são ainda mais preocupantes, pois se coloca em perspectiva tanto a submissão decorrente do gênero feminino numa sociedade patriarcal, quanto a originada de um contexto escravocrata no qual o Brasil esteve inserido durante quase quatro séculos da sua história.

Neste ponto, Ribeiro (2019) aduz que no Brasil a um debate estrutural histórico que envolve escravidão e racismo, sistema esse que se beneficiou economicamente por toda a história, principalmente a população branca, ao passo que a negra, tratada como mercadoria, não teve acesso a direitos básicos e distribuição de riquezas.

Disto isto, insta mencionar que em relação a mulher negra incide uma opressão ainda maior de classe, gênero e raça o que a torna ainda mais vulnerável e o processo sobre o feminicídio e o racismo estrutural da mulher

negra um fator ainda mais complexo, ser mulher já é um problema para a sociedade, ser mulher e negra é um problema ainda maior (Ribeiro, 2019, p. 22).

Ademais, outro aspecto que deve ser ressaltado é o da ultrassexualização da mulher negra desde o período colonial sendo vistas no imaginário coletivo como mulheres fáceis, lascivas e naturalmente sensuais, servindo como apporte, inclusive, para justificar os abusos sexuais contra elas cometidos, sendo estas até hoje as maiores vítimas de violência sexual no país (Ribeiro, 2019, p. 83).

Para melhor ilustrar a fala acima, cita-se o historiador José Murillo de Carvalho que em sua obra “Cidadania no Brasil” escreve importante passagem sobre a miscigenação do Brasil onde aborda as vulnerabilidades e submissão das mulheres indígenas e das escravas africanas em procriar a sociedade brasileira, sendo o estupro a regra, principalmente para as escravas africanas, que eram vistas como não-cidadãs, objetificadas (Carvalho, 2002, p. 21).

Contudo, é importante dizer que, antes mesmo de chegarem ao Brasil, ainda nos navios negreiros, as mulheres negras já eram símbolo de resistência, desde a luta pela manutenção das suas famílias, se recusando a serem vendidas separadamente dos filhos, até mesmo ajudando em fugas ou obtendo informações acerca de vendas e transferências indesejáveis, conforme ressaltam Gomes, Carneiro e Madeira (2018, p. 5).

As mulheres negras sempre foram símbolo de resistência e luta pelos direitos, até mesmo quando eram subjugadas e oprimidas pela escravidão. Historicamente, a escravidão foi abolida no Brasil em 13 de maio de 1888, após a assinatura da Lei Áurea, pela princesa Isabel, porém, mesmo após o seu fim, continuou afetando de forma negativa a população negra, aos quais foram relegadas as posições de menos valor, principalmente às mulheres, que tiveram que realizar trabalhos domésticos como empregadas, cuidadoras e babás (Silva, 2017).

No contexto do feminismo dessa época, como já foi citado anteriormente, as mulheres negras já eram consideradas símbolo de resistência e, quando a escravidão foi abolida, elas tiveram que assumir a realização de trabalhos, além dos domésticos, para garantir o sustento das famílias, o que permite observar que:

Enquanto as mulheres brancas lutavam para desconstruir a ideia de que eram seres frágeis, lutavam para ter o direito de trabalhar, decidir sobre seus corpos e suas vidas; as mulheres negras já estavam nas ruas trabalhando como quituteiras, prostitutas, lavadeiras, lutando para sobreviver e manter sua família (Gomes; Carneiro; Madeira, 2018, p. 4).

Nesse sentido, é possível concluir que a independência e o feminismo da mulher negra começaram muito antes das mulheres brancas, já que elas sempre tiveram que trabalhar para conseguir recursos que fornecessem o sustento das suas famílias.

Sobre essa época, outro ponto que merece atenção é o fato de que as mulheres negras eram vistas como objeto sexual pelos homens, que tinham nelas mais a idealização de um fetiche. Tal herança deixou marcas no ideário brasileiro, que permanecem até os dias atuais, principalmente no referente à idealização da mulher negra. Sobre isso, cabe dizer que:

“O que nós, brasileiros, simbolicamente representamos e comunicamos acerca das mulheres negras obedece a um padrão de sexualização de um corpo que, em nossas múltiplas formas de comunicar, refere-se a um tipo de mulher desenhada como uma pessoa que, além de inspirar sexualidade, é ‘condicionada’ às práticas servis e manuais, herança de sua conformação identitária no cenário brasileiro. Existe um símbolo mulher negra que é o padrão acionado nas mentes dos membros da sociedade brasileira todas as vezes que mencionamos essa categoria.” (Moreira, 2007, p. 14-15).

Dessa forma, a mulher negra brasileira sempre é idealizada dentro do contexto submisso e sexualizado, prática esta que já vem desde o contexto escravista e que, infelizmente, ainda pode ser vista na atualidade. Isso acaba gerando a necessidade de uma atenção especial ao sofrimento da mulher negra no contexto do feminicídio, pois a tal sexualização, acaba colocando-as em uma posição de achar que são indignas de afeto, amor e carinho, o que as faz aceitar relações abusivas e violentas. Nesse viés, conclui-se que:

“A introjeção do discurso opressor seja pelas instituições que o repetem sem parar, como a televisão, a mídia ou a internet, ou pelos companheiros, maridos, namorados, que dizem que “elas vão acabar sozinhas, que não vão achar ninguém que as queira” senão eles, mesmo que estejam a todo tempo praticando todas as formas de violência.” (Martins, 2022, p. 42 - 43).

Portanto, a mulher negra continua sendo oprimida pelo ideário criado na mente masculina, alimentado pelas mídias e meios de comunicação de que são meros objetos. E, mesmo que tenham sobrevivido à anos de escravidão,

trabalhos braçais e servidão, ainda há desafios a serem superados decorrentes das sequelas de uma sociedade ainda fortemente marcada pela realidade da escravidão.

A vulnerabilidade da mulher foi reconhecida ainda, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da DI 4424/DF, onde o Ministro Marco Aurélio, relator, deixou bem claro que a mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos, sofridos em âmbito privado.

No Brasil, conforme clarifica Iamamoto (2012) à luz de Fernandes (2009), a questão social se intensifica com o fim da escravatura e a chegada do modelo capitalista urbano-industrial. Não há que se falar em mudanças morais significativas, mas apenas na “modernização” das faces de poder anteriormente expostas. Essas faces modernas de senhorio, que ainda se perpetuam no poder, rejeitam amplamente a ocupação de diversos grupos nos mais variados ambientes sociais de destaque, seja pela via econômica, seja pela participação nas decisões nacionais e, ainda, por suas manifestações culturais que afirmam sua identidade.

No contexto do feminicídio, muito se discute sobre a questão de gênero em si, mas pouco se observa os fatores que podem agravar tal problemática. Já se mencionou anteriormente que as mulheres negras se encontram em uma condição de vulnerabilidade social mais ampla no que se refere a violência de gênero, mas por qual motivo o racismo reverbera de maneira veementemente influente sobre a violência contra a mulher?

Aqui, se cria uma linha de raciocínio muito tênue entre a mulher negra que já se encontra em condição social subalterna e a mulher negra que profere seguimentos de sua própria cultura ancestral que histórica e estruturalmente é tida como inferior e demonizada pela sociedade brasileira.

No texto “Decolonialidade e Pensamento Afrodiáspórico” construído por Joaze Bernardino-Costa, Nelson Maldonado-Torres e Ramón Grosfoguel (2020), é reafirmada a importância de entender a decolonialidade a partir dos movimentos sociais de mulheres negras, de quilombolas, de juventude negra, do povo periférico, do povo de santo; e ainda do não desligamento da discussão acerca da raça, já que ela foi estruturante para a manutenção da modernidade (Bernardino Costa; Maldonado Torres; Ramón Grosfoguel 2020).

Em que pese isso, menciona-se que há de se pensar em uma contradição, pois apesar de as manifestações negras serem fator de identificação nacional estas comumente são feitas de forma discreta e silenciada a fim de se evitar grandes “transtornos” por parte de indivíduos que rejeitam a história de seu próprio país ao criarem ações intolerantes de pensamentos culturais eurocêntricos.

Voltando o olhar para o contexto do feminicídio, é possível identificar que, nascer como mulher negra em um país estruturalmente racista e intolerante condena este grupo a uma eterna condição de medo e inferiorização, pois esta violência não possui apenas gênero, ela também possui cor, e tais determinações não surgiram de quaisquer acordos sociais, elas surgiram de nossas basilares faces de senhorio.

3. ÍNDICES DO FEMINICÍDIO NEGRO NO BRASIL: RETRATOS DA VIOLÊNCIA E DO RACISMO

No Brasil a violência contra as mulheres possui uma percepção de risco altíssima, tanto é que o relatório do Global Peace Index afirma ser esse o país com o mais alto índice de medo para que ocorra essa violência, sendo que cerca de 83% dos brasileiros relataram preocupação em se tornar vítima de um crime violento¹.

Segundo dados do jornal O Globo, entre 2000 e 2020 o assassinato de mulheres pretas ou pardas aumentou 45%, além disso, 54% dos casos de violência contra a mulher envolvem mulheres negras. As mulheres negras são as principais vítimas de feminicídio no Brasil: elas representam 67% dos casos notificados em 2020, dos quais 61% são de mulheres pardas e 6% pretas, mostram dados levantados pelo Instituto Igarapé. As mulheres brancas correspondem a 29,5% dos feminicídios e as indígenas, 1%.²

Em relação às mulheres, Lobo (2022) afirma que conforme dados do ano de 2015, a taxa brasileira de feminicídio é a quinta maior do mundo,

¹ INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. IEP. Global peace index 2021. Measuring peace in a complex world. Sydney, June 2021. Disponível em: <https://www.visionofhumanity.org/wpcontent/uploads/2021/06/GPI-2021-web-1.pdf>. Acesso em 03 jan. 2024.

² Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/11/mulheres-negras-sao-vitimas-de-quase-7-em-cada-10-feminicidios-no-brasil.ghtml>. Acesso em 03 jan. 2024.

perdendo apenas para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia, demonstrando, assim, que se necessita de uma rede de enfrentamento especializada no combate à violência contra as mulheres, principalmente no contexto histórico brasileiro e a estruturação de sua organização social fincada numa raiz machista e segregadora da mulher e da mulher negra.

Criado sob as bases paternalistas de uma sociedade europeia, o Brasil possui a violência, o racismo e o sexismo como herança marcante nas relações interpessoais. No Brasil colônia, quando ainda eram recorrentes as grandes navegações no processo de enriquecimento das metrópoles, começa-se a observar esses elementos, com o tráfico de escravos trazidos para serem explorados em condições medíocres e desumanas no chamado “Novo Mundo”.

As mulheres, que até então já possuíam condição de subordinação à figura masculina, puderam sentir os efeitos desse processo de forma mais intensa. Laurentino Gomes (2019) relata em uma de suas trilogias mais famosas, os horrores vividos por mulheres negras nas travessias do atlântico, que além de serem os alvos mais vulneráveis de exploração e agressão sofriam constantes e desumanas formas de estupro as quais começavam antes mesmo do navio partir.

No tocante à subordinação e a inferiorização, as mulheres brancas e negras possuíam certa “paridade” já que dividiam o mesmo olhar da sociedade por sua condição de gênero. Contudo, as mulheres negras já nasciam com a condenação de uma vida destinada à desumanidade e escravidão, aspecto esse que reverbera até os dias hodiernos. Enquanto as mulheres brancas possuíam papel de procriação e administração do lar, as mulheres negras eram exploradas de todas as formas possíveis, não possuindo nem mesmo oportunidade de lutar por seus direitos e imersão social, pois sua cor a destinava a não passar de um mero objeto pertencente ao desfavor do branco. Dentro da submissão feminina negra se destacam quatro estereótipos racistas que reverberam na atualidade:

[...] quatro estereótipos racistas se destacam: o da mãe preta, que é a matriarca o subserviente; o da negra de sexualidade exacerbada que provoca a atenção masculina; o da mulher dependente da assistência social; e o da negra raivosa, produtora da violência, não a receptora. Essas ideias vão, inclusive, na contramão de mitos que normalmente foram construídos em torno da imagem da mulher branca, como o da fragilidade feminina, da exigência de castidade, da divisão sexual do

trabalho em que o homem é o provedor e a mulher é a cuidadora. [...]. (Silva, 2019).

Com base nos estereótipos supramencionados, chega a ser discrepante a diferença de tratamento entre as mulheres com base em sua cor, aonde a mulher branca ocupa o papel de “modelo ideal” e a mulher negra o de “objeto”, o que não se distancia da atualidade, evidenciado que a cor da pele é um fator preponderante no que concerne ao feminicídio desde os primórdios da história.

Sobre a relação entre racismo e machismo, Moore (1994) trouxe perspectiva de que a forma hegemônica de masculinidade está ligada diretamente a uma forma hegemônica de racismo, no qual as definições de poder também estão fundadas pela diferença entre raças, em que uma se vê em posição superior à outra. É o que ocorre no Brasil que, para além da diferenciação de gênero, também é marcado pela separação racial.

Tendo em vista as bases históricas já citadas, fica claro e explícito o motivo que levou o Brasil a ser um país estruturalmente racista e machista. Tal resultado, nos leva a uma formação que potencializa os alarmantes índices de feminicídio contra a mulher negra, a qual não teve inserção social nem mesmo após a abolição da escravidão em 1888 e assim como os outros negros, foram deixadas a própria sorte sem qualquer amparo, com a diferença de possuírem a “má sorte” de terem nascido mulher em uma época e em um lugar tão opressores.

Uma reflexão importante acerca da disparidade de tratamento entre homens e mulheres é apresentada por Facio (2006) que afirma que a sociedade reproduz pensamentos machistas, misóginos e racistas também por conta de quem ocupa postos de poder dentro dela. Os postos de maior hierarquia, ainda nos dias atuais são, em sua maioria, ocupados por homens brancos, oriundos de classes sociais mais abastadas, que criam regras que os favorecem e reproduzem comportamentos que sempre os colocam numa posição de superioridade em relação às mulheres, em especial as negras. Contudo, a própria autora ressalta que o fato de mulheres ocuparem seus lugares em postos de poder não garante que as desigualdades vão ser superadas, mas pode caracterizar um começo.

Sobre racismo e sua presença na sociedade, conforme prelecionam, Daiane Gomes e Elane Madeira, “não havia preocupação com o que seria dos negros e negras após decretada a sua “liberdade”, mas existiu grande atenção em pagar, ou ao menos suavizar, na memória e na história, a escravidão do passado brasileiro.” (Madeira, 2018).

As consequências da falta de amparo aos escravos após a abolição os levou a aceitar condições parecidas às vividas antes da Lei Áurea, a qual não instituiu o fim da escravidão por se preocupar com os negros em si, mas sim por pressão da Inglaterra que precisava de mais mercado para conseguir mais riquezas. Seria ingenuidade considerar que em algum momento alguém se importou de fato com os escravos e estes seguiram em uma condição de inferiorização frente ao branco a qual ainda possui força mesmo mais de um século após a abolição da escravidão.

A Lei Áurea não aboliu a escravidão de fato, e considerando a falta de amparo aos negros, nem possuía interesse em abolir, criando uma perpetuação no abismo social até então existente e “empurrando” a mulher negra para uma condição de submissão desumana, da qual muitas destas não conseguiram sair até hoje. Tal condição histórica, nos leva a observar que os números de feminicídio negro não são aleatórios e essa violência, de fato, possui cor.

4. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PERSPECTIVAS DE COMBATE

Em seu artigo 117, a Constituição Federal assevera que o Ministério Público é um órgão destinado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Portanto, cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos fundamentais em todos os âmbitos sociais, inclusive em se tratando do feminicídio.

Sendo um órgão que atua em conjunto com a comunidade e ser detentor de fiscalizar a lei e a ordem jurídica³, o Ministério Público muitas vezes é a porta inicial para as vítimas de feminicídio, devendo os seus

³ Art. 257, II do CPP e Art. 178 do CPC.

funcionários adotarem medidas de acolhimento à vítima, além é claro, da instalação da ação penal.

O rol de direitos fundamentais encontra-se inserido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dentre estes direitos encontra-se o direito fundamental de acesso à justiça, elencado no inciso XXXV deste artigo. Contudo, a escassa disseminação de informações acerca de tais garantias gera obstáculos no que se refere ao acesso das mulheres ao judiciário. Ademais, fatores como raça, etnia, estado de saúde e localização pode agravar esta problemática. Neste ensejo, o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado por meio do inquérito civil, termos de ajustamento de conduta, a ação civil pública e outros instrumentos vem alcançando o acesso à justiça da coletividade, dentre outras atuações, por meio da fiscalização da Lei de Acesso à Informação.

A Lei de Acesso à Informação (LAI), lei 12.527/2011, trouxe uma série de obrigações de transparência ativa e passiva para os entes da administração pública brasileira, em todos os poderes e todas as esferas federativas. Enquanto fiscal da ordem jurídica, defensor dos interesses sociais e difusos, e zelador do efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição Federal, é clara a legitimidade, do Ministério Público em defender o direito fundamental ao acesso à informação e fiscalizar o cumprimento da lei de acesso a informação pelos órgãos e entidades dos Poderes Públicos atuando como um importante pilar na garantia desse direito fundamental para a sociedade, incluindo vítimas de feminicídio negro.

Outrossim, cabe citar Mauro Cappelletti e sua obra Acesso à Justiça, onde o autor sugere “ondas” como recursos para o amplo acesso à justiça. A segunda onda citada em sua obra, enfrenta o problema da representação dos interesses difusos, no Brasil esse papel vem sendo historicamente desempenhado pelo Ministério Público, órgão de acesso à justiça de cidadãos, em razão da sua legitimação à propositura de diversas ações na defesa desses interesses individuais indisponíveis.

Conforme o artigo 25 da lei Maria da Penha, cabe ao Ministério Público intervir nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica contra a mulher. Já em relação aos casos específicos de feminicídio o Ministério Público pode atuar, incitando o poder público para enfrentar a

violência de gênero contra a mulher criando políticas públicas voltadas a essa temática, principalmente no que o que concerne ao feminicídio voltado para as mulheres negras, traçando medidas específicas para tal grupo tendo em vista a sua maior vulnerabilidade. Dessa forma, o órgão pode garantir a efetiva aplicação de direitos fundamentais a essas mulheres e romper com o ciclo de violência em que elas se inserem.

No plano internacional houve um olhar voltado para os debates que predisponham sobre os direitos das mulheres, assim, a Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu o ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher e oficializou o dia 8 de março como o Dia Internacional da Mulher. No mesmo ano, foi realizada a I Conferência Mundial da Mulher, que aprovou plano de ação que demandaria a construção da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 1979.

Em 2015, a ONU realizou reunião na sede das Nações Unidas resultando em 17 novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), desejosos, entre outros pontos, de “assegurar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas”, elegendo esse como o ODS de nº 5⁴.

Nesse contexto, no ano de 2015, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da ONU, elaborou a recomendação geral número 33 que fala sobre o acesso das mulheres a justiça, documento importantíssimo que trata sobre acessibilidade, disponibilidade, estereótipos, procedimentos, que possam ser adotados pelos atores processuais e extraprocessuais no combate à violência de gênero e direito das mulheres.

Deste modo, o que se percebe é que para além da Lei Maria da Penha, no plano internacional há uma preocupação em estabelecer diretrizes aos Estados-partes e seus atores para que ocorra uma política de enfrentamento à violência contra a mulher, documentos estes que devem ser utilizados no combate à esta temática.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Transformando Nossa Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015, p. 1. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br2016.pdf> Acesso em 04 jan. 2024.

Segundo os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública divulgado no ano de 2023⁵, observa-se que, se a mulher é a principal vítima da violência doméstica, a mulher negra sofre ainda mais. Conforme o levantamento, 62% das vítimas de feminicídio no Brasil são negras. Quando se analisa as vítimas de outros tipos de assassinatos violentos, esse índice ultrapassa a porcentagem de 70%.

A Lei Maria da Penha enquadra o Ministério Público como sendo um órgão com a obrigação de atuar no escopo da lei, nas esferas judiciais e extrajudiciais, dessa forma cabe ao aludido órgão compreender o ciclo da violência do feminicídio, a fim de elaborar estratégias de combate, além de promover um maior esclarecimento das fases processuais para a vítima.

É necessário destacar que o Ministério Público atua no combate ao feminicídio negro através da investigação, responsabilização legal dos culpados e promoção de políticas públicas para prevenir a violência. Isso envolve a defesa dos direitos das vítimas, a conscientização da sociedade e a busca por medidas que reduzam as desigualdades que contribuem para esse fenômeno. Quanto a conscientização social, cabe destacar a importância de uma maior abrangência, a fim de levar de fato, a importância do tema a uma sociedade tão negligente para de que está possa se interessar também no incentivo de medidas de combate ao feminicídio negro.

O Ministério Público pode atuar em duas vertentes, conforme assinala Silva (2017, p. 240), uma mais ampla voltada para a defesa do regime democrático e para estimular o Poder Público durante à propositura de políticas públicas em favor dos segmentos mais vulneráveis, entre eles, o da mulher; e a outra, utilizando-se das ferramentas constitucional e das leis infraconstitucionais que se destinam a defesa e o exercício de suas atribuições.

Nesse ponto, válido mencionar o estudo científico sobre a temática proposto pelo Promotor de Justiça do Maranhão, Sandro de Carvalho:

“Ainda na atuação extrajudicial, o Ministério Público deve atuar firmemente para que o Estado e o Município tenham um serviço de acolhimento e de escuta especializada da mulher em situação de violência doméstica, visando sua proteção e o encaminhamento para

⁵ 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 136-145, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 04 jan. 2024.

os serviços adequados da saúde, da assistência social etc., sempre visando a proteção integral da mulher e para isso deve utilizar-se, por analogia e com as devidas adaptações, do disposto na Lei nº 13.431/2017. Cabe ainda ao Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial¹, atuar fortemente para que, na fase policial, o direito da mulher em situação de violência doméstica (a sua família e as testemunhas) de ter um atendimento especializado seja efetivamente cumprido pela autoridade policial” (Carvalho, 2022, p. 471).

O que se percebe é que muitas vezes o Ministério Público para que não ocorra a vitimização secundária da mulher em situação de violência doméstica adota o mecanismo da escuta protegida previsto no art. 10-A da Lei 11.340/2006, que tem o objetivo de humanizar o tratamento da mulher vítima de violência doméstica, bem como cumprir as políticas de proteção integral da mulher, dispostas na lei mencionada.

Isto posto, levando consideração que a sociedade brasileira ainda é marcada pela desigualdade nas relações de gênero e de cor, em que a mulher muitas vezes, encontra-se em situações de vulnerabilidade extremas, não podendo sequer denunciar as agressões sofridas, cabe ao Ministério Público atuar em sua defesa equilibrando a relação, fortemente marcada por dominação e fazendo valer as garantias asseguradas constitucionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada ao longo deste artigo, diversos aspectos sobre o feminicídio negro puderam ser observados. A diferenciação entre violência de gênero e violência doméstica serviu como ponto de partida para a análise do feminicídio, entendido como uma das consequências da violência de gênero existente na sociedade brasileira desde seus primórdios, resultado de uma sociedade marcada pelo patriarcado e misoginia e que tem a violência doméstica em todos os seus aspectos - física, sexual, moral, patrimonial e psicológica - como uma das formas mais comuns de ser percebida na realidade do povo brasileiro.

A seguir, a promoção de uma análise histórica do feminismo e feminicídio negro brasileiro comprovou a existência de um abismo histórico entre mulheres brancas e negras no que tange tanto à luta pelos próprios direitos, já que, enquanto aquelas ainda estavam tentando se provar como

merecedoras dos direitos de trabalhar fora de casa dentro de uma sociedade machista que as via como um sexo frágil, estas, desde antes de chegarem ao Brasil nos navios negreiros já compunham a resistência à escravidão. Após a “abolição”, a população negra foi relegada pela sociedade, ocupando a margem.

Tal posição afetou principalmente as mulheres negras, que precisaram trabalhar fora muito antes das mulheres brancas, seja como empregadas domésticas, cuidadoras ou babás, ou como quituteiras, prostitutas e lavadeiras, buscando ajudar no sustento de casa. Elas tiveram, ainda, que aturar uma sociedade que as objetificava e sexualizava, vendendo-as como indignas de amor e afeto, apenas como objetos de satisfação sexual. Uma ideia tão fortemente marcada e difundida que permanece até os dias atuais na sociedade, fazendo as mulheres negras permanecerem em relações violentas e abusivas por medo de não encontrarem alguém que “as queira” como o parceiro abusivo.

No que cerne a posição de submissão social da mulher, destacou-se as construções históricas desenhadas no Brasil colônia, onde é possível ver a abismo social existente até mesmo entre o gênero feminino, pois enquanto a mulher branca possuía o estereótipo de mulher frágil e cuidadora do lar a mulher negra devia lidar com o olhar machista, racista e sexista de uma sociedade patriarcal.

Faz-se mister, ainda, observar os impactos dessa construção histórica na sociedade atual, que mesmo após séculos decorridos da “libertação” dos escravos ainda traça um perfil de submissão e racismo os quais se refletem, dentre outras maneiras, no crime de feminicídio que possui mulheres negras como alvo do maior número de ocorrências.

Traçado os alicerces históricos e analisados o feminismo e a violência doméstica de gênero no contexto do feminicídio negro, é necessário destacar a atuação do Ministério Público, o qual possui atividade judicial e extrajudicial de extrema relevância para o cenário do feminicídio negro, trabalhando no processo judicial como um todo e na promoção de políticas públicas e ações de combate a essa violência delineada, bem como observando a situação de vulnerabilidade da mulher. Tal atuação, se mostra essencial e sendo mais

ampla, pode levar senão ao combate completo, a uma grande diminuição de índices de uma violência que possui gênero e cor.

REFERÊNCIAS

BERNARDINO COSTA, José; MALDONADO TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón (orgs). **Decolonialidade e pensamento afrodiáspórico**. 2. Ed. Belo Horizonte: Autentica Editora (Coleção Cultura Negra e Identidades), 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 nov. 2011.

BUENO, Samira; *et al.* O crescimento de todas as formas de violência contra a mulher em 2022. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. p. 136-145. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

CAPELETTI, Mauro (org.). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. 59 p.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. O Ministério Público e a Escuta Protegida da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. In: GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Marcia Haydée Porto de; CHAI, Cássio Guimarães (org.). **Passado presente e futuro do Ministério Público Brasileiro**: livro comemorativo dos 50 anos da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPEM. São Luís: EDUFMA, 2021. p. 451-475.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Título II da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha - 11.340/2006 comentada artigo por artigo. 13. ed. Salvador: Juspodim, 2021. p. 71-89.

DINO. **Mulheres negras são as principais vítimas de feminicídio no país.**

2022. Disponível em:

<https://valor.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2022/07/20/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-feminicidio-no-pais.ghml>. Acesso em: 13 dez. 2023.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina.** 4. ed. São Paulo: Global, 2009.

GOMES, Daiane De Oliveira; CARNEIRO, Elane Mendonça Conde; MADEIRA, Maria Zelma de Araujo. Mulheres negras, racismo estrutural e resistências. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM SERVIÇO SOCIAL, 2018, Vitória. **Anais [...].** Vitória: ABEPSS, 2018.

GOMES, Laurentino. **Escravidão.** São Paulo: Globo, 2019. 473 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IAMAMOTO, Marilda V. **O Serviço Social na Contemporaneidade:** trabalho e formação profissional. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

LOBO, Marcela Santana. **Escutando a voz das mulheres:** um retrato das interações nas medidas protetivas de urgência entre mulheres, rede de atendimento e Poder Judiciário. 2022. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, DF, 2022. Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/174037>. Acesso em: 7 ago. 2025.

MARTINS, Liliane Cristina. **A violência e o feminicídio têm cor:** diálogos com o movimento de mulheres negras. 2022. 114 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.

MIRANDA, Carla. **O Ministério Público como função essencial à justiça e combate à violência de gênero contra a mulher.** 2023. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-ministerio-publico-como-funcao-essencial-a-justica-e-combate-a-violencia-de-genero-contra-a-mulher/1921510948#:~:text=De%20tal%20modo%2C%20a%20Lei,26%2C%201\).](https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-ministerio-publico-como-funcao-essencial-a-justica-e-combate-a-violencia-de-genero-contra-a-mulher/1921510948#:~:text=De%20tal%20modo%2C%20a%20Lei,26%2C%201).) Acesso em: 8 dez. 2023.

MOREIRA, Núbia Regina. **O feminismo negro brasileiro:** um estudo do movimento de mulheres negras no Rio de Janeiro e São Paulo. 2007. 120 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista.** 1. ed. São Paulo:
Companhia das Letras, 2019.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. In: SCOTT, Joan. **Gênero e os historiadores.** Nova York: Universidade Colúmbia, 1989. p. 1-28. Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila.

SILVA, Carla Luz da; BARROS, Ana Maria Dinardi Barbosa. **O Feminicídio das Mulheres Negras.** Barra Mansa: Centro Universitário de Barra Mansa, 2021.

SILVA, Jaceguara Dantas da. **A violência de gênero contra a mulher sob a perspectiva étnico-racial:** a relevância do papel do ministério público. 2017. 277 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

Recebido em: 16/04/2024
Aceito em: 05/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11147



SUJEITOS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: A PESSOA HUMANA COMO FIGURA CENTRAL

SUBJECTS OF THE RIGHT OF DEVELOPMENT: THE HUMAN PERSON AS THE CENTRAL FIGURE

*Larissa Menezes
Gomes*

Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (2017) e em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi (2018). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Mestranda em Letras pela Universidade Federal de Sergipe. Graduada em Letras- Português e Inglês pela Universidade Federal de Sergipe (2024).

larissamenezesgomes@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9114-8443>

RESUMO: O presente artigo científico propõe o reconhecimento da pessoa humana como sujeito central do direito ao desenvolvimento, consoante pronunciado pela Declaração do Direito ao Desenvolvimento de 1986. Através de uma pesquisa bibliográfica, busca-se demonstrar o significativo valor humano deste direito, realçando o ser humano como o centro do processo de desenvolvimento político, econômico, cultural e social. Apesar da dupla titularidade do direito ao desenvolvimento, tem-se a pessoa humana como sua origem e fim, justificando-se sua centralidade nesse direito. O estudo encontra-se dividido em três partes: (i) do direito internacional do desenvolvimento ao direito ao desenvolvimento; (ii) sujeitos do direito ao desenvolvimento; e (iii) a pessoa humana como sujeito central; Tais tópicos fundamentam a reflexão acerca da titularidade do direito ao desenvolvimento, com foco no ser humano e na sua função na promoção do direito ao desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Desenvolvimento; Direitos Humanos; Pessoa Humana.

ABSTRACT: The current scientific article proposes the recognition of the human person as the central subject to the right to development, as pronounced by the 1986 Declaration of the Right to Development. Through a bibliographical research, it seeks to demonstrate the significant human value of this right, emphasizing the human being as the center of the political, economic, cultural and social development process. Despite the dual ownership to the right to development, it is the human person its origin and end, justifying its centrality in this right. The study is divided into three parts: (i) from international development law to the right to development; (ii) subjects of the right to development; and (iii) the human person as the central subject. These topics underlie the reflection on the ownership of the right to development, with a focus on the human being and its role in promoting the right to development.

KEYWORDS: Right to Development; Human Rights; Human Being.

Como citar: GOMES, Larissa Menezes. Sujeitos do direito ao desenvolvimento: a pessoa humana como figura central. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 61-79, 2025.

INTRODUÇÃO

Em 1986, a Assembleia das Nações Unidas publicou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, na qual ficou reconhecido o direito ao desenvolvimento como um direito humano, estando todos os povos e as pessoas habilitados a envolver-se no processo de desenvolvimento econômico, político, social e cultural.

Algumas críticas são apontadas à referida Declaração, tais como a questão de não ter força cogente ou de não ser garantia suficiente para efetivação do direito ao desenvolvimento, porém, o fato é que a Declaração de 1986 representa um significativo marco na conquista desse direito: seu reconhecimento como direito humano.

Tal constatação possibilita uma compreensão do desenvolvimento como expressão do valor humano, em que se tem um direito complexo e multidimensional, desde o seu conteúdo até a sua titularidade, mas que destaca a pessoa humana como a figura central do direito ao desenvolvimento.

O objetivo do presente estudo é reconhecer o valor da pessoa humana para o direito ao desenvolvimento, admitindo-a como sujeito central do processo de desenvolvimento tanto na dimensão individual quanto coletiva de predito direito. Para tanto, através do método de revisão bibliográfica, o artigo encontra-se dividido em três partes.

Na primeira, apresenta-se a distinção entre o direito internacional do desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento, com apontamento das suas principais diferenças. Aquele com referência a um direito interestatal, com vistas a um desenvolvimento econômico dos Estados. E o direito ao desenvolvimento voltado à pessoa humana, com múltiplas dimensões.

Em seguida, tratar-se-á dos sujeitos do direito ao desenvolvimento, com atenção à dupla titularidade do direito ao desenvolvimento. Serão expostas as correntes sobre este tópico, que variam do reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito individual, coletivo até individual e coletivo, para, em ato contínuo, apontar quais sujeitos ativos e passivos estão envolvidos neste direito humano.

Na última parte, uma vez assentados os fundamentos teóricos sobre o tema, será analisada a pessoa humana como sujeito central do direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na própria Declaração de 1986, buscando ressaltar o seu papel além de mero titular do direito.

1. DO DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO E DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Antes de adentrar na essência do direito ao desenvolvimento, é indispensável distingui-lo do direito internacional do desenvolvimento. Ambos os direitos surgem a partir da admissão do desenvolvimento como direito, porém, ainda que correlatos, com origens comuns, os conceitos não se confundem.

Vários autores assinalam que não há identidade entre o Direito Internacional do Desenvolvimento e o Direito ao Desenvolvimento. O primeiro [...] nasce a partir do Direito Internacional Econômico, como sistema normativo internacional de natureza objetiva que cuida de relações interestatais objetivando a construção de uma maior igualdade material entre os Estados, tomando como base a cooperação internacional e a formação de uma Nova Ordem Econômica Internacional. O segundo [...] é um direito humano que busca proteger exigências e liberdades das pessoas e dos povos. Entretanto, não se pode esconder que esses direitos se entrelaçam, são interdependentes, até porque as pessoas e os povos compõem a dimensão pessoal do Estado. Ambos, assim, fazem parte de um mesmo processo de reconhecimento do fenômeno do desenvolvimento como um direito. (Anjos Filho, 2013, p. 88-89)

Denota-se, portanto, uma clara distinção entre os direitos. O direito internacional do desenvolvimento regula as relações entre Estados, sendo pautado por um objetivo econômico. Sua finalidade é “buscar superar a situação de desigualdade em relação ao nível de desenvolvimento econômico entre os Estados” (Anjos Filho, 2013, p. 85-86). Já o direito ao desenvolvimento surge a partir de uma perspectiva humanista, com foco no ser humano. Apresenta-se “como um direito eminentemente subjetivo, responsável por conferir uma faceta individual e coletiva ao desenvolvimento” (Sátiro; Marques; Oliveira, 2016, p. 173).

A expressão “direito ao desenvolvimento” foi assinalada pela primeira vez pelo senegalês Keba M’Baye, em 1972, numa aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos do Homem, na qual afirmou que “o desenvolvimento

é direito de todo homem, que tem o direito de viver e o direito de viver melhor” (Anjos Filho, 2013, p. 95-96).

Porém, apenas em 1986 houve o reconhecimento internacional do direito ao desenvolvimento, a partir da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas. A Declaração confirma o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, revelando, no seu preâmbulo, o desenvolvimento como “um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos” (ONU, 1986).

Há de ser ressaltado que, em que pese a controversa questão da obrigatoriedade da Declaração de 1986, por ser considerado um mecanismo de *soft law*¹, é inegável a importância da Declaração para a consolidação do direito ao desenvolvimento no plano internacional. Sobre o tema, disserta Sousa (2010):

[...] a Declaração de 1986 acomoda as preocupações dos países desenvolvidos sem deixar de lado os requerimentos dos países em desenvolvimento, e justamente por este aspecto um tanto diplomático verifica-se a opção de não enfrentar questões que permanecem complexas até os dias atuais, como a questão da titularidade do direito ao desenvolvimento. Mas nem por isso a Declaração perde importância; ao contrário, cristaliza de forma mais contundente a preocupação da sociedade internacional com a questão do desenvolvimento, deixando de lado polaridades econômicas levantadas pelas discussões quando da determinação na Nova Ordem Econômica Internacional. [...] A Declaração de 1986 pode parecer retórica e até mesmo repetitiva, mas é importante principalmente na caracterização do direito ao desenvolvimento como um direito humano.

É certo que o fato de o direito ao desenvolvimento não estar consagrado em um tratado ou convenção internacional, que lhe legitime como norma cogente, reflete em implicações acerca da sua exigibilidade, especialmente no tocante à possibilidade de judicialização. Contudo, o reconhecimento de aludido direito pela Declaração de 1986 como direito

¹ As normas do Direito Internacional são caracterizadas como *soft law* quando, em seu sentido material ou substancial, são desprovidas de eficácia. Salem Hikmat Nasser (*apud* Anjos Filho, 2013, p. 206) aponta para dois sentidos de referida expressão. Pelo primeiro (*soft law material*), a norma deve apresentar alguns caracteres para ser configurada como *soft law*: excessiva generalidade; ambiguidade da linguagem; inexigibilidade do conteúdo da norma; falta de responsabilização e previsão de tribunais que lhes deem coercibilidade. Pelo segundo sentido (*soft law normativo*), admitir-se-ia a ideia de obrigatoriedade dos documentos *soft*, não convencionais, com a criação de efetivas normas jurídicas coercivas.

humano, apesar das divergências na sua elaboração, destaca a importância do documento para consolidação do direito ao desenvolvimento na ordem internacional e até mesmo interna. “O grande marco da Declaração de 1986 [...] é o de aproximar esse direito com os conceitos de justiça social, democracia, meio ambiente, política pública, direitos humanos e cooperação internacional” (Sátiro; Marques; Oliveira, 2016, p. 182).

O direito ao desenvolvimento possui como característica a humanização do fenômeno do desenvolvimento, na medida em que pressupõe a consideração de todos os direitos humanos para promoção daquele. Não se trata somente do respeito aos direitos humanos – aqui compreendidos os direitos sociais, civis, políticos, econômicos e culturais -, mas principalmente da sua implementação e proteção (ONU, 1986). Há uma forte expressão do valor humano, considerando o desenvolvimento além do campo econômico. Como mencionado, trata-se, na verdade, de um processo que envolve abrangentes aspectos social, econômico, político e cultural.

Ainda que exista uma grande relação com o conteúdo de outros direitos humanos, não se pode conceber o direito ao desenvolvimento como uma síntese, uma reunião de todos os direitos humanos já reconhecidos em um só direito (Anjos Filho, 2013, p. 222). Representa muito mais do que uma mera soma. Reitera-se: é um processo. O direito ao desenvolvimento dá uma outra perspectiva aos direitos humanos. Nas palavras de Robério Nunes Anjos Filho (2013, p. 223), “o direito ao desenvolvimento, quando enfatiza a interdependência de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e os contextualiza em um todo integral e indivisível, faz com que o conteúdo próprio de cada um deles ganhe novas dimensões”.

O próprio art. 9º da Declaração de 1986 destaca que “todos os aspectos do direito ao desenvolvimento [...] são indivisíveis e interdependentes, e cada um deles deve ser considerado no contexto do todo” (ONU, 1986). Observa-se como a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos atua na formação do direito ao desenvolvimento. Os direitos humanos se completam e, consoante o preâmbulo da Declaração (ONU, 1986), nenhuma categoria poderá ser negada ao argumento de promover e efetivar outros direitos humanos e liberdades fundamentais. O direito ao

desenvolvimento corresponde ao direito a um processo abrangente, com vistas à melhoria do bem estar das pessoas e de toda a população.

A inter-relação do direito ao desenvolvimento com os direitos humanos é tão vasta que a Declaração de 1986 reconhece a negação dos direitos humanos como o maior obstáculo ao desenvolvimento e aponta o princípio da cooperação internacional como instrumento para promover o respeito aos direitos humanos, além do próprio desenvolvimento (Sousa, 2008).

A imprescindibilidade para implementação e efetivação dos direitos humanos para promoção do direito ao processo de desenvolvimento demonstra como sua implantação será realizada de forma progressiva (Anjos Filho, 2013, p. 111). Não se trata de um direito de simples aplicação e concretização. A própria concepção de desenvolvimento, hoje em dia, vai além da noção inicial de um aspecto puramente econômico. Está vinculada à promoção de liberdade, bem-estar e dignidade dos indivíduos (Leal; Ribeiro; 2014, p. 143), conceitos que abrangem a efetivação de diversos direitos humanos, para então ser alcançado o almejado desenvolvimento.

Rogerio Leal e Daniela Ribeiro (2014, p. 153) destacam que “o conceito de desenvolvimento humano representa o avanço à noção de desenvolvimento econômico integral, ao agregar aspectos como a qualidade de vida, o bem-estar individual e social, e a felicidade”.

Amartya Sen (2010, p. 12), por sua vez, contempla o desenvolvimento como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”, o qual nos possibilita uma melhora de vida. É necessário ser livre, com usufruto de todas as liberdades, para atingir o desenvolvimento. A liberdade é, portanto, o meio e o fim do desenvolvimento. Para Sen (2010, p. 6), “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”.

Além de ser reconhecido como um direito humano, inalienável, o direito ao desenvolvimento apresenta-se como integral e multidimensional. São diversas as dimensões envolvidas no aludido direito. A conquista de determinado aspecto não implica que o desenvolvimento foi logrado em sua totalidade. Para que o direito ao desenvolvimento seja efetivamente integral,

deve-se buscar o gozo de todas as suas facetas, com vistas a alcançar um desenvolvimento sustentável. Sobre o tema:

O desenvolvimento é tido como um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes. O desenvolvimento deve ser, ainda, integral, de forma a maximizar todas as potencialidades humanas, o que justifica o fato da promoção, do respeito e do gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não poderem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais. (Anjos Filho, 2013, 220)

Nota-se a estreita relação dos direitos humanos com o desenvolvimento. Este só será completo com a promoção, o respeito e o gozo dos direitos humanos, permitindo, assim, a potencialização das capacidades humanas em todas suas dimensões. O desenvolvimento visa, ainda, não somente ao bem-estar da população, mas de todos os indivíduos que dela compõem. Este é outro aspecto da multidimensionalidade do direito ao desenvolvimento: a questão de sua titularidade, envolvendo uma dimensão individual e coletiva.

Antes de prosseguir neste tópico, contudo, deve ser ressaltada uma outra característica do direito ao desenvolvimento. Eis que, dentro da teoria das dimensões de direitos humanos, o desenvolvimento costuma ser identificado como um direito difuso, de terceira dimensão². Ele está relacionado ao valor fraternidade, uma vez que exige “ações em escala global para sua efetivação” (Sarlet *apud* Sousa, 2010, p. 427).

Mônica Sousa (2010, p. 427) aponta que referidos direitos “são destinados à proteção de grupos humanos [...] e são desvinculados do viés individualista quanto à titularidade, caracterizando-se como direito coletivo, resultado direto das reivindicações do ser humano associadas às desigualdades materiais regionais”. Porém, faz a ressalva de que, ainda que o direito ao desenvolvimento esteja inserido nessa dimensão, ele, na verdade,

² Adota-se, no presente o estudo, a nomenclatura dimensões de direitos humanos, ao invés de gerações. Este último conceito transmite, ainda que não intencionalmente, a ideia de que haveria uma substituição dos direitos de uma geração pela seguinte, o que não se coaduna com a formulação dos direitos humanos. Estes se complementam. Cada novo direito agrupa um novo valor ao direito anterior já consagrado. Tem-se um processo de acumulação de direitos, e não de substituição.

atravessa todas as dimensões de direitos humanos, levantando questionamentos acerca de sua titularidade.

Ou seja, a costumeira classificação do direito ao desenvolvimento como um direito difuso não se traduz como definitiva, suscitando análises quanto ao quesito. Afinal, como classificar um direito cuja titularidade ainda é discutida na academia e que envolve diversas dimensões? Poder-se-ia dizer que o direito ao desenvolvimento não pode ser classificado dentro da tradicional teoria das dimensões dos direitos humanos, uma vez que suas características perpassam todas as dimensões, abarcando um pouco de cada. A complexidade do tópico enseja um aprofundamento sobre quem são os verdadeiros sujeitos do direito ao desenvolvimento.

2. SUJEITOS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Conforme mencionado, o direito ao desenvolvimento é multidimensional em dois sentidos: (i) quanto à sua incidência, uma vez que envolve diversas dimensões – social, econômica, política e cultural; e (ii) quanto à sua titularidade;

No tocante à titularidade, há de ser, inicialmente, pontuado que existem três posicionamentos sobre este item: direito ao desenvolvimento como direito individual; direito ao desenvolvimento como direito coletivo; e direito ao desenvolvimento como direito individual e coletivo; De antemão, já anuncia-se a adoção da última corrente no presente estudo, reafirmando-se a multidimensionalidade do direito ao desenvolvimento quanto à sua titularidade. Convém, no entanto, tecer algumas considerações a respeito de cada posicionamento mencionado.

A teoria do direito ao desenvolvimento como exclusivamente individual, conforme Sousa (2010, p. 430), “reconhece de início que os direitos classificados como direitos humanos apenas são atribuídos aos indivíduos, e ainda que haja uma categoria de direitos estendida aos povos, estes não são considerados direitos humanos”.

Assim, para os defensores dessa corrente, admitir o desenvolvimento como direito humano acarretaria uma mudança no próprio conceito de direitos humanos. Jack Donnelly (*apud* Sousa, 2010, p. 430) afirma que

“atribuir direitos essencialmente destinados aos indivíduos a uma coletividade estatal é contraditório, uma vez que os direitos humanos são instrumentos aptos a proteger os indivíduos contra o Estado”.

Por esta visão, considerar o direito ao desenvolvimento como coletivo seria contrário à essência dos direitos humanos, que visam assegurar ao ser humano direitos em face do Estado, o que não se coaduna com a visão atual dos direitos humanos, que abarca direitos individuais, coletivos e difusos.

Analizando, então, o direito ao desenvolvimento como direito coletivo, tem-se o consenso e a representatividade coletiva como necessárias à sua implementação (Sousa, 2010, p. 429). Por este aspecto, o desenvolvimento depende de um empenho coletivo, ou seja, só será efetivado se exercido coletivamente. Sobre o assunto, Mônica Sousa (2010, p. 429) disserta:

É preciso determinar, entretanto, que considerar o direito ao desenvolvimento como um direito coletivo não é o mesmo que considerar esse direito como um direito do Estado, até mesmo porque é insensato atribuir-lhe direitos humanos. Essa teoria parte do princípio que o direito ao desenvolvimento é mais um direito das coletividades, que apenas pode ser exercido e implementado a partir da ação grupal. [...]

De pronto vê-se que a melhor maneira para que o indivíduo alcance seu próprio desenvolvimento é considerar que o Estado deve garantir as possibilidades deste processo. Além do mais, tomar o direito ao desenvolvimento como direito de caráter exclusivamente individual significaria diminuir as possibilidades de pretensão deste direito em foros internacionais, uma vez que poucas são as Cortes Internacionais que permitem o acesso do indivíduo como sujeito de direitos.

A autora aponta para uma questão que carece de reflexão: como se daria a judicialização internacional do direito em estudo, ao tomar-lhe apenas como individual? Seria possível assegurar-lhe proteção? No âmbito internacional, os Estados ainda possuem maior atuação como sujeitos de direitos. E se conceituado o direito ao desenvolvimento como coletivo, estaria garantido o processo de desenvolvimento de cada indivíduo dentro do seu Estado? Ou serviria apenas à faceta do desenvolvimento da coletividade?

Consoante Rogério Leal e Daniela Ribeiro (2014, p.156), “considerar o direito ao desenvolvimento como um direito individual em sua origem e em seu fim, mas coletivo em sua implementação, reflete de maneira mais adequada as pretensões de legitimidade propostas pela Declaração do Direito ao Desenvolvimento de 1986”. Essa dupla dimensão da titularidade do direito ao desenvolvimento é evidente pela leitura da dita Declaração.

Artigo 1º

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento [...].

Artigo 2º

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades [...].

3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos [...]. (ONU, 1986)

Denota-se, de parte dos artigos, retrotranscritos, da Declaração, que o desenvolvimento é apresentado com duas dimensões: individual e coletiva. Na dimensão individual, a pessoa humana é considerada como o sujeito central do desenvolvimento, assumindo uma posição ativa, inclusive de responsabilidade, na promoção do desenvolvimento, tanto individual quanto coletivo. Já na dimensão coletiva, a Declaração faz referência tanto aos povos quanto aos Estados, apontando a estes últimos o dever de elaborar políticas nacionais que promovam o desenvolvimento de toda população e dos indivíduos.

Mônica Sousa (2010, p. 432), ao discorrer sobre esta terceira corrente, assevera que “mais importante que definir se indivíduos ou Estados são agentes que se excluem quanto à exigibilidade e titularidade do direito ao desenvolvimento é compreender que esse direito é de titularidade múltipla, ou seja, tanto é um direito individual quanto um direito coletivo”.

O posicionamento da dupla titularidade do direito ao desenvolvimento é reforçado pela crítica de Daniel Wunder Hachem (2013) à teoria das dimensões dos direitos. Para o autor, todo direito apresenta uma dupla titularidade quando apreciado em sua integralidade. O aspecto individual ou transindividual de cada direito será apresentado a depender da pretensão jurídica exigida.

Daniel Hachem (2013, p. 621) menciona dois mitos na categorização dos direitos em dimensões. O primeiro é a ideia de que os direitos de liberdade (primeira dimensão) dispensariam prestações positivas para a sua proteção, enquanto os direitos sociais dependeriam de regulamentação. Ter-se-ia o

entendimento de que apenas os direitos de primeira dimensão seriam verdadeiros direitos subjetivos, posto que aplicáveis imediatamente e independentemente de regulamentação. O segundo mito refere-se à admissão da titularidade transindividual apenas aos direitos de terceira dimensão. Por esta lógica, tais direitos somente seriam protegidos juridicamente através de instrumentos processuais coletivos, e não individuais. O autor ressalta:

Esses dois mitos levam a uma visão túnel dos direitos fundamentais: olha-se apenas para a função de defesa dos direitos de liberdade, para a função de prestação fática dos direitos sociais e para a titularidade transindividual dos direitos coletivos, quando na realidade todos ostentam essas três características. Por conta da complexidade de sua natureza jurídica e estrutura normativa, todos os direitos fundamentais reúnem concomitantemente a totalidade dos traços que supostamente seriam peculiares a cada uma das gerações: (i) impõem deveres negativos ao Estado; (ii) dirigem ao Poder Público obrigações de fornecer prestações fáticas e normativas; (iii) ostentam a titularidade transindividual alegadamente exclusiva dos “direitos de terceira geração”, bem como, simultaneamente, a titularidade individual pretensamente típica dos “direitos de primeira e segunda geração”. (Hachem, 2013, p. 621)

Pela proposta de Daniel Hachem, de que todo direito apresenta uma dupla titularidade, ainda que a doutrina considere o direito ao desenvolvimento como um direito difuso, reforça-se o reconhecimento da multidimensionalidade da titularidade do desenvolvimento. De fato, o direito ao desenvolvimento, a depender da dimensão a ser considerada, possui dois sujeitos ativos – o indivíduo ou os povos e os Estados. A titularidade estará caracterizada a depender da pretensão jurídica em análise.

Anjos Filho (2013, p. 218) afirma que, em que pese a discussão se os direitos humanos poderiam transcender o plano puramente individual, no final, o texto da Declaração de 1986 previu a dupla dimensão – individual e coletiva – do direito ao desenvolvimento. Hector Gross Espiell (*apud* Anjos Filho, 2013, p. 235), inclusive, durante um estudo para ONU, declarou que um direito pode ser individual e coletivo, simultaneamente, e que uma suposta incompatibilidade entre tais dimensões seria inadmissível, constatando que dita dupla titularidade já é reconhecida ao direito ao desenvolvimento.

Nesse sentido, na perspectiva individual, tem-se como sujeito ativo do direito ao desenvolvimento a pessoa humana e, como sujeitos passivos, o Estado – sendo o responsável primário em prover o desenvolvimento -, outros

Estados e Comunidade Internacional, pessoas jurídicas de direito privado, organizações e organismos internacionais, que devem atuar em busca da cooperação para promover o desenvolvimento.

Já na dimensão coletiva, como sujeitos ativos do direito ao desenvolvimento, costumam ser mencionados os povos e os Estados, conforme se infere dos artigos 1º e 2º da Declaração de 1986. Anjos Filho (2013), por sua vez, afirma que outros sujeitos podem ser percebidos como titulares do referido direito, como as coletividades internas regionais, os grupos vulneráveis e as minorias – estas últimas caracterizadas por diferenças culturais perante o resto da sociedade. Os sujeitos passivos da dimensão coletiva são apontados como os mesmos da dimensão individual do direito ao desenvolvimento.

No que concerne aos sujeitos ativos da dimensão coletiva, convém tecer algumas considerações. Eis que o objeto do direito ao desenvolvimento dos povos inclui ainda a realização dos direitos dos povos à autodeterminação, que engloba, segundo o artigo 1º da Declaração, “o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais” (ONU, 1986). Para Hector Espiell (*apud* Anjos Filho, 2013, p. 240), “os direitos humanos só podem existir [...] quando o direito à autodeterminação também existir, e que esta é a importância fundamental do direito à autodeterminação, como um direito humano e como um pré-requisito para a fruição de todos os outros direitos e liberdades”.

Os Estados, por sua vez, assumem a posição de sujeito passivo do direito ao desenvolvimento na dimensão individual, porém, na dimensão coletiva, atuam como sujeitos ativos perante os demais Estados no plano internacional. Eles agem, consoante Anjos Filho (2013, p. 225), “em favor do direito ao desenvolvimento daqueles que pertencem à sua dimensão humana, ou seja, em favor das pessoas, das suas coletividades internas e dos povos que os compõem”.

O direito ao desenvolvimento revela-se como um direito heterogêneo, cuja multidimensionalidade, seja quanto à sua incidência, seja quanto à sua titularidade, expõe as diversas complexidades desse direito humano. Contudo, em que pese sua dimensão coletiva, não se pode olvidar o papel da pessoa

humana como origem e fim do direito ao desenvolvimento. Para Anjos Filho (2013, p. 236):

O ser humano [...] não pode ser dissociado da sociedade em que vive, nem tampouco das consequências sociais, culturais, econômicas e políticas dessa convivência. Para a plena realização do indivíduo é necessário atender a demandas coletivas. Portanto, atende-se à coletividade não porque ela seja um fim em si mesma, mas sim tendo como objeto último cada um dos seres humanos que a compõem. Ademais, o desenvolvimento coletivo condiciona o desenvolvimento individual, e vice-versa, sendo, portanto, indissociáveis. A dimensão individual, dessa forma, estará sempre presente, ainda que de maneira subjacente à dimensão coletiva.

Nessa perspectiva, tendo o ser humano como sujeito central do direito ao desenvolvimento, vale aprofundar neste tópico, com vistas no foco desse direito humano, qual seja, a pessoa humana.

3. A PESSOA HUMANA COMO SUJEITO CENTRAL DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Logo no item 1 do artigo 2º, a Declaração de 1986 já aponta a pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento e que ela deveria ser não só beneficiária do direito ao desenvolvimento, como também participante ativa. Anjos Filho (2013, p. 219) ressalta que essa centralidade do ser humano é “resultado do processo de humanização do Direito Internacional”, que o coloca como sujeito central do Direito Internacional como um todo e, consequentemente, do próprio direito ao desenvolvimento.

O ser humano não figura apenas como sujeito ativo da dimensão individual do direito ao desenvolvimento, mas também como finalidade última da sua dimensão coletiva. Eis que os povos são um dos sujeitos ativos nessa perspectiva coletiva e, tendo-se o ser humano como integrante da sociedade, que faz parte dessa coletividade, é ele, então, o propósito da totalidade do processo de desenvolvimento. Acerca da posição da pessoa humana na dimensão coletiva, Anjos Filho (2013, p. 246) expressa:

[...] quando se trata do direito ao desenvolvimento quem se encontra no centro das preocupações é o ser humano e não os Estados, ainda que estes sejam reconhecidos como sujeitos ativos do direito. Esta titularidade ativa não é [...] um fim em si mesma, possuindo caráter meramente instrumental. Por isso, ainda que se considere o Estado como credor do direito ao desenvolvimento este será sempre um direito

humano porque as pessoas que constituem os Estados serão os seus beneficiários últimos.

A pessoa humana é o centro, o objetivo primordial do desenvolvimento. Por isto, a Declaração de 1986 ressalta o ser humano como o âmago do direito ao desenvolvimento. Entretanto, esse foco não concerne somente às benesses que este direito humano invoca. A pessoa humana é vista, também, como o principal participante do desenvolvimento. Nessa mesma percepção, Anjos Filho (2013, p. 222):

A pessoa humana [...] tem o direito de participar ativamente do desenvolvimento, exercendo o seu papel ativo em benefício próprio e dos demais, contribuindo na medida das suas potencialidade, que devem ser ampliadas ao máximo. Esta última tarefa exige a satisfação de direitos humanos básicos, como educação, saúde, alimentação, moradia, alargando-se assim a capacidade de escolha das pessoas. A condição de beneficiário último, da qual resulta o direito de usufruir os frutos respectivos, implica, dentre outras consequências, ter acesso ao resultado econômico do desenvolvimento. Logo, a repartição das receitas e a distribuição de renda fazem parte do conteúdo do direito ao desenvolvimento.

Sátiro, Marques e Oliveira (2016, p. 183) destacam que o direito ao desenvolvimento evoca “a noção de agente, no sentido de ser capaz de se manifestar mais precisamente sobre o processo de desenvolvimento de suas capacidades e potencialidades, [...] de tomar para si a responsabilidade individual e coletiva pelos fatos que afetam o indivíduo”. As pessoas não são apenas beneficiárias do processo de desenvolvimento, mas atuam como agentes dele. Elas devem prosperar um papel ativo na formação do desenvolvimento, assumindo sua parcela de responsabilidade no processo.

A Declaração de 1986 acentua, no artigo 2º (ONU, 1986), a responsabilidade que todos os seres humanos devem ter com o desenvolvimento, seja ele individual ou coletivo. Para tanto, deve ser considerado o pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, além de seus deveres perante a sociedade. O bem-estar de toda população e dos indivíduos tem como fundamento a participação livre, ativa e significativa no processo de desenvolvimento pelo ser humano.

A conduta ativa da pessoa humana remonta a condição de agente referida por Amartya Sen (2010, p. 27), que define como “alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus

próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo". Esse papel do indivíduo coloca-o "como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas" (Sen, 2010, p. 27).

Constata-se que o ser humano não deve figurar apenas num papel passivo de titular do direito ao desenvolvimento. Ele deve assumir sua condição de agente, interpondo-se como alguém que influencia e provoca mudanças que possibilitem o processo de desenvolvimento não somente para si mesmo, mas também para toda a sociedade.

Ainda sobre a condição de agente do indivíduo, Amartya Sen discorre (2010, p. 5-6):

De fato, a condição de agente dos indivíduos é, em última análise, central para lidar com essas privações. Por outro lado, a condição de agente de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispomos. Existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual. Para combatermos os problemas que enfrentamos, temos de considerar a liberdade individual um comprometimento social.

Para Sen (2010), reitera-se, o desenvolvimento trata-se de expandir as liberdades existentes, extinguindo algumas ausências de liberdades que limitam as escolhas e as oportunidades. A expansão das liberdades permite uma vida mais rica e desimpedida, que encaminhe o ser humano a um processo de completude como ser social. Ocorre que, para ser uma pessoa livre, a condição de agente do indivíduo é essencial e, ao mesmo tempo, tal posição é restringida pelas oportunidades dadas aos seres humanos. Sen enfatiza a relação de complementaridade entre a condição de agente e a liberdade, além dos fatores sociais que influenciam tal relação. Deve existir um comprometimento social das pessoas perante a sociedade na qual estão inseridas.

A posição ativa da pessoa humana no direito ao desenvolvimento permite vislumbrar uma outra visão do sujeito dos direitos humanos. Sátiro, Marques e Oliveira (2016, p. 185) indicam "a necessidade de repensar os direitos humanos a partir de uma perspectiva participativa e emancipadora do sujeito, enquanto manifestação de uma cidadania ativa".

Ser sujeito ativo de qualquer direito humano, em especial do direito ao desenvolvimento ora em análise, não pode implicar uma posição passiva do indivíduo, na qual apenas espera que lhe seja assegurado seu direito sem qualquer retorno da sua parte. Ser detentor de direito resulta em ter maior autonomia sobre sua própria vida, porém também demanda um senso de responsabilidade pelo direito conquistado e pelo dever a que lhe corresponde. Ao assumir a condição de agente, a pessoa humana terá maior domínio sobre seus direitos e será capaz de desenvolver-se de maneira a potencializar suas capacidades e habilidades.

Todavia, uma atuação ativa do ser humano, consoante Sen (2010), depende da igualdade de oportunidades dadas pelo próprio Estado. É dizer que “a participação das pessoas em todas as esferas deve ser encorajada pelos Estados como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos” (Sen, 2010, p. 222).

Os Estados, de acordo com a Declaração de 1986, têm responsabilidade primária em criar as condições favoráveis à efetivação do direito ao desenvolvimento, possibilitando às pessoas uma participação ativa e expressiva no processo. Acerca da igualdade de oportunidades, Anjos Filho (2013, p. 221) discorre:

É importante para a dimensão individual do direito ao desenvolvimento que seja assegurada a igualdade de oportunidades em relação ao desenvolvimento, o que é considerado uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos que as compõem. Por tal razão, os Estados devem assegurar a igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Estas medidas dizem respeito, obviamente, à igual satisfação das necessidades básicas, pelos quais são ampliadas as potencialidades, as capacidades de escolha, ou, para lembrar Amartya Sen, as liberdades das pessoas.

A pessoa humana não terá condições de agir no ambiente, contribuindo para o desenvolvimento individual e coletivo, se o Estado não formular políticas públicas que assegurem a igualdade de oportunidades a todos os indivíduos, com satisfação das necessidades básicas de todo ser humano. O cumprimento das obrigações pelos Estados não só viabiliza uma posição participativa e ativa da pessoa humana, como coloca-a, de fato, como sujeito central do desenvolvimento. Ela é o início e o fim desse processo.

O direito ao desenvolvimento está voltado para uma visão holística da pessoa humana, que busca desenvolver suas potencialidades em todas as dimensões cultural, econômica, social e política, além de habilitá-la para contribuir e desfrutar desse processo de desenvolvimento, tanto na dimensão individual quanto na dimensão coletiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao desenvolvimento é um direito humano ainda em construção. É um direito complexo, que envolve diversas dimensões, cujo estudo revela-se essencial ao bloco dos direitos humanos. O desenvolvimento é um processo econômico, político, cultural e social, cuja evolução ocorre de maneira gradativa, na medida em que os demais direitos humanos são assegurados e efetivados.

A Declaração de 1986 representa um grande marco ao direito ao desenvolvimento ao reconhecê-lo como um direito humano e apresentá-lo como multidimensional – quanto à sua incidência e quanto à sua titularidade. As dimensões individual e coletiva do direito ao desenvolvimento demonstram a sua complexidade e a dificuldade em promovê-lo e efetivá-lo.

Não obstante essa dupla dimensão, e também titularidade, é patente o valor da expressão humana contida no direito ao desenvolvimento. A pessoa humana é vista como a figura central do processo de desenvolvimento, seu principal sujeito. Eis que o direito ao desenvolvimento, seja na dimensão individual ou coletiva, tem o ser humano como princípio e fim. Pela dimensão individual, a pessoa humana é o sujeito ativo, enquanto na dimensão coletiva é percebida como ser integrante da sociedade e, como tal, finalidade última do desenvolvimento dos povos e dos Estados.

Além de ser o sujeito central do desenvolvimento, consoante estabelecido pela própria Declaração de 1986, denota-se que a pessoa humana assume um papel participativo nesse processo, indo além de uma postura apenas passiva frente a esse direito. Evoca-se a noção de responsabilidade do ser humano no processo de desenvolvimento, salientando sua posição não só como beneficiária, mas, principalmente, como participante ativa do desenvolvimento.

A participação é um ponto central do direito ao desenvolvimento. Todas as pessoas devem participar do processo, uma vez garantidas as possibilidades para tanto. Eis que uma postura ativa do ser humano no processo de desenvolvimento depende das oportunidades que lhe são dadas. O indivíduo necessita que o Estado assegure-lhe as condições mínimas para que possa assumir a posição de agente e assim contribuir para o desenvolvimento pleno dos seres humanos e da própria sociedade.

Reconhecer o valor humano do direito ao desenvolvimento é fundamental para sua compreensão como um direito centrado na pessoa humana. Será o ser humano o guia na promoção do desenvolvimento nas dimensões individual e coletiva, assumindo uma postura além de apenas favorecido do direito: uma posição ativa, que envolva a participação no processo de contínua melhoria no bem-estar de todos.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE MARCO, Cristhian Magnus; MEZZAROBA, Orides. O direito humano ao desenvolvimento sustentável: contornos históricos e conceituais. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 323-349, 2017. Disponível em:
<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1066>. Acesso em: 21 maio 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em:
<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/505/377>. Acesso em: 25 maio 2021.

LEAL, Rogério Gesta; RIBEIRO, Daniela Menegoti. A titularidade do Direito ao Desenvolvimento e sua afirmação como Direitos Humanos Fundamentais. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 141-166, 2014. Disponível em:
<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/4222/2776>. Acesso em: 21 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**, 1986. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 25 maio 2021.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2007. p. 6963. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 21 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo, 2002. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 21 maio 2021.

SALLES, Marcus Maurer de. O “novo” Direito Internacional do Desenvolvimento: conceitos e fundamentos contemporâneos. **Cadernos PROLAM/USP**, São Paulo, v. 12, n. 23, p. 131-146, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/83017/108572>. Acesso em: 21 maio 2021.

SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O Reconhecimento Jurídico do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano e sua Proteção internacional e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 170-189, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307/289>. Acesso em: 25 maio 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Mônica Teresa Costa. A Ascensão do direito ao desenvolvimento na ordem jurídica internacional através das propostas das nações unidas.

Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 243-255, 2008. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/818>. Acesso em: 21 maio 2021.

SOUZA, Mônica Teresa Costa. Direito ao Desenvolvimento como Direito Humano: Implicações Decorrentes Desta Identificação. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 422-443, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1956/1024>. Acesso em: 21 maio 2021.

Recebido em: 30/04/2024
 Aceito em: 05/08/2025
 DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11189



O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE DOS SOFTWARES FORENSES E SUAS CONTRIBUIÇÕES

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS AN ASSISTANCE INSTRUMENT IN BRAZILIAN CRIMINAL INVESTIGATIONS: AN ANALYSIS OF FORENSIC SOFTWARE AND THEIR CONTRIBUTIONS

*Caroline Jacão
 Badolato*

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Itu. Pós-graduanda em direito penal pelo Centro Educacional Legale. Escola Técnica de Cerquilho
carolinejbadolato@adv.oabsp.org.br

*Pedro Henrique
 Hernandes Argentina*

Mestrando em direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (FCHS/UNESP). Bolsista CAPES. Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).
pedro.sano@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-3654-1963>

*Gilberto Ferreira
 Marchetti Filho*

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR. Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo UNIGRAN. Professor de Direito Civil no UNIGRAN.
gilberto.marchetti@unigran.br

<https://orcid.org/0000-0002-5602-2538>

RESUMO: O crescimento exponencial das tecnologias e o desenvolvimento das inteligências artificiais suscitaram questionamentos e preocupações com o seu papel no direito, especialmente no uso dessas tecnologias na investigação criminal brasileira. Resta saber se essas preocupações se mostram válidas ou desprovidas de sentido, e é exatamente esse o enfoque do presente trabalho. Portanto, esse artigo tem por objetivo tratar do mapeamento dos três softwares de inteligências artificiais mais utilizados, que podem ser usados no contexto criminal e quais as suas contribuições nesse cenário. Utilizou-se de uma análise bibliográfica, a partir da exposição de conceitos apresentados por autores brasileiros do uso das IAs no cenário forense brasileiro, a fim de expor uma perspectiva do uso de tecnologia na investigação criminal traçando algumas vantagens e desvantagens. Trata-se de uma pesquisa de mapeamento dos apoios e ameaças da inteligência artificial no meio em questão, analisando suas possíveis contribuições. Ao final, considerou-se que a tecnologia não pode ser tratada como ameaça no contexto criminal, e sim como aliada no apoio, auxílio e utilização de ferramentas para descoberta de autorias de delitos e para análise de padrões genéticos presentes em locais de crime, desde que suas atuações sejam limitadas e que tenha a aplicabilidade regulada por lei própria.

PALAVRAS-CHAVE: IA; DNA; Locais de crime; Processo Penal.

ABSTRACT: The exponential growth of technologies and the development of artificial intelligence have raised questions and concerns about their role in law, especially in the use of these technologies in Brazilian criminal investigation. It remains to be seen whether these concerns are valid or meaningless, and this is precisely the focus of this paper. Therefore, the aim of this article is to map the three most widely used artificial intelligence software programs that can be used in the criminal context and what their contributions are in this scenario. A bibliographical analysis was used, based on the exposition of concepts presented by Brazilian authors regarding the use of AIs in the Brazilian forensic scenario, in order to present a perspective on the use of technology in criminal investigation, outlining some advantages and disadvantages. This is research mapping the support and threats of artificial intelligence in the environment in question, analyzing its possible contributions. In the end, it was considered that technology cannot be treated as a threat in the criminal context, but rather as an ally in supporting, assisting and using tools to discover perpetrators of crimes and to analyze genetic patterns present in crime scenes, from that its actions are limited and that its applicability is regulated by its own law.

KEYWORDS: AI; DNA; Crime scenes; Criminal proceedings.

Como citar: BADOLATO, Caroline Jacão; ARGENTINA, Pedro Henrique Hernandes; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. O uso de inteligência artificial como instrumento de auxílio nas investigações criminais brasileiras: uma análise dos softwares forenses e suas contribuições. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 81-103, 2025.

INTRODUÇÃO

“Metrô de SP ganha novo sistema de monitoramento eletrônico com inteligência artificial”, informa uma matéria do Governo do Estado de São Paulo (2022, online). Segundo o governador Rodrigo Garcia, o novo dispositivo, conectado ao sistema de monitoramento por câmeras inteligentes, será capaz de reconhecer pessoas desaparecidas. Outro dispositivo semelhante, o *Family Faces*, foi criado pela ONG Mães da Sé, e através dele é possível identificar se uma determinada pessoa encontra-se na lista de desaparecidos.

De acordo com informações da Microsoft, o aplicativo pode ser usado de duas maneiras distintas. O usuário pode informar características físicas da pessoa suspeita de desaparecimento, como cor de cabelo, altura, cor de pele, ou tirar uma foto – com permissão da pessoa – para que possa comparar ao banco de dados do aplicativo, e assim identificar se aquela pessoa está na lista de desaparecidos. Desde 1996, a ONG já ajudou a encontrar mais de cinco mil pessoas desaparecidas (Microsoft, s/d, online).

Esse é apenas um dos benefícios da inteligência artificial no cotidiano jurídico e nas investigações brasileiras. As preocupações com a suposta substituição do homem pela máquina são discutidas por autores que defendem o uso de inteligência artificial de maneira comedida e, portanto, como um instrumento benéfico. De acordo com eles, não há como a máquina pensar da mesma maneira que um ser humano. Pessis-Pasternak afirmou, nesse sentido, que “o computador nunca será capaz de enfrentar todas as situações previstas, porque não possui a aptidão espontânea do cérebro” (Pessis-Pasternak, 1993, p. 189).

Outros cientistas, a exemplo Stephen Hawking, em uma conferência realizada em Lisboa, em 2017, preocupam-se com o uso da inteligência artificial. Hawking, à época, disse que a “inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa para a humanidade”, mas que devemos antecipar as consequências de seu uso e limitá-las “para o bem do mundo” (Hawking, 2017, online). Kurzweil apontou que, ao final do século XXI, o ser humano não será a espécie mais inteligente do planeta, uma vez que a capacidade de processamento e armazenamento de informações pelas tecnologias

inteligentes irá praticamente dobrar. Contudo, o autor destaca que, ainda assim, essas máquinas dificilmente teriam a mesma flexibilidade da inteligência humana, um aspecto inerente que se caracteriza pela adaptabilidade às mudanças e contextos (Kurzweil, 1999, s.p.).

A despeito dessas tecnologias e sua capacidade pensante, no Brasil alguns juizes utilizam as inteligências artificiais para proferir decisões atinentes às prisões, a partir do preenchimento de formulários. Para Moleirinho, levando em consideração o perfil da maioria dos presos – pobres, negros e jovens -, as máquinas que se baseassem nesse cenário “apontariam para um juízo de reprovação probabilisticamente mais inclinado à condenação” (Moleirinho, 2021, p. 230). Por outro lado, o auxílio das ferramentas de tecnologia traria celeridade e eficiência, bem como decisões mais justas por tratarem das informações constantes no processo a partir de seus critérios objetivos e calculáveis.

Dito isto, quais são as inteligências artificiais mais utilizadas na investigação criminal e quais as suas possíveis contribuições? Para responder a essa pergunta a autora lançou mão de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio de exemplificações da aplicação da inteligência artificial no contexto criminal. Para as pesquisas a autora utilizou o Google Acadêmico, priorizando trabalhos publicados no SciELO, no Scholar e nos repositórios de universidades, explorando os artigos a partir de termos de pesquisa como “Inteligência artificial no direito penal” e “Uso de IAs no mundo jurídico”. Os critérios de leitura dos artigos consideraram a quantidade de vezes nas quais foram citados por outros autores e, por fim, observando a titularidade mínima de graduado do responsável pelo artigo.

No primeiro capítulo, buscou-se retratar alguns conceitos de inteligência artificial, citando autores relevantes e utilizando termos mais abstratos, a fim de contextualizar e permitir que o leitor compreenda, basicamente, o que caracteriza uma IA e quais aspectos precisam estar presentes em determinada tecnologia para que ela seja considerada uma inteligência. No capítulo subsequente a discussão centraliza-se em diagnosticar os benefícios e malefícios da IA dividindo-os no meio jurídico e no contexto criminal, cujo enfoque é tratado no capítulo final. Neste último, a pesquisa lançou mão de exemplificações da aplicação das IAs para descoberta

de autorias de crimes, a partir da manipulação e análise de materiais genéticos encontrados em locais e objetos do crime em si.

A discussão possibilitou que a pesquisa expressasse a perspectiva do uso de inteligência artificial como instrumento benéfico de auxílio e ferramenta de otimização, produtividade e eficiência no direito penal.

1. CONTEXTUALIZANDO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: Conceitos e termos técnicos que caracterizam a IA

Antes de se discutir o cerne do presente artigo é importante estabelecer quais são as características essenciais para que uma tecnologia seja definida como inteligência artificial. De acordo com Gabriel:

[...] as habilidades que a inteligência precisa ter para ser considerada de nível humano, como: raciocinar (estratégia, solução de problemas, compreensão de ideias complexas e capacidade de tirar conclusões em ambientes com incerteza), representar o conhecimento (incluindo conhecimento de senso comum), planejar, aprender, comunicar em linguagem natural, integrar todas essas habilidades para uma meta comum, além de sentir (ver, ouvir, etc.) e ter habilidade de agir (exemplo: se movimentar e manipular objetos) no mundo de forma inteligente, inclusive detectando e respondendo a ameaças. Soma-se [...] imaginação (habilidade de criar imagens e conceitos mentais que não foram programados) e autonomia que também são essenciais para um comportamento “inteligente”. (Gabriel, 2018, p. 84)

Existem dois tipos de inteligência artificial, sendo elas a IA Forte e a IA Fraca, teoria essa defendida pelo filósofo John Searle (1997). A primeira é aquela que possui o mesmo nível de inteligência do ser humano, sendo capaz de pensar como um e realizar atividades dominadas pelo homem, mas até o momento não há registros de inteligências artificiais fortes. Já a fraca diz respeito àquelas encontradas em carros autônomos, reconhecimento facial e aplicativos como Waze, Netflix e Spotify. Diferentemente da forte, a fraca possui capacidade de lidar com dados e fazer cálculos complexos rapidamente, pois é justamente programada para isso (Júnior; Leonel, 2021, p. 47).

Além desses dois tipos de IA, podemos citar mais duas camadas que possibilitem definir a tecnologia: *machine learning* e *deep learning*. O *machine learning* diz respeito à aprendizagem contínua da máquina, “Consiste basicamente em fornecer dados de entrada assim a máquina pode aprender

com esses dados e elaborar saídas que satisfaçam a situação problema” (Damaceno, 2018, p. 12-13), portanto, a tecnologia com tal sistema funciona à base de equações pré-definidas, que organizam e estruturam os dados. Por sua vez, o *deep learning* “capacita a máquina a realizar tarefas mais complexas, como reconhecimento de fala, identificação de imagens e realizar previsões”, ou seja, trata-se de máquinas que imitam o cérebro humano e que podem executar atividades diversas e distintas (Damaceno, 2018, p. 13).

Inteligências artificiais são baseadas em algoritmos, que são conjuntos de regras e operações, aplicados em conjuntos de dados e que, quando coordenados, conduzem à solução de um problema específico. Embora as inteligências artificiais sejam tratadas como algo recente, seu passado remonta ao século XVI. Segundo uma lenda, um rabino de Praga, na República Tcheca, teria inventado um homem artificial chamado Joseph Golém, capaz de espionar os inimigos do povo judeu. Outros registros mais recentes apontam que, nos séculos XVII e XVIII, houve a lenda da invenção de um flautista mecânico que poderia tocar com perfeição, além de outra lenda sobre a invenção de um pato mecânico que teria as mesmas capacidades de um pato real, invenção essa conhecida como “pato de Vaucanson” (Teixeira, 2019, s.p.).

Para poder aferir a humanidade de criaturas, o filósofo René Descartes criou dois testes, segundo os quais seria analisada a capacidade linguística e a flexibilidade de comportamento. Esses testes seriam necessários quando a criatura apresentasse semelhanças físicas com o ser humano, e consistiriam, basicamente, em “estabelecer que essas máquinas jamais poderiam utilizar palavras, nem outros sinais, arranjando-os, como fazemos para manifestar aos outros os nossos pensamentos”. Ou seja, as máquinas possuem a capacidade de fala, de organizar palavras, mas não conseguem atribuir sentido e arrumar de maneira diferente a depender do contexto de fala (Da Costa Felipe; Perrota, 2018, p. 10).

Quanto ao segundo teste, Descartes explicou que seria possível diferenciar uma criatura de um ser humano pela maneira como falhariam em algumas coisas, pois não agem baseados em conhecimento, e sim na disposição de seus órgãos. Apesar da razão ser um instrumento universal, passível de aprendizagem, é necessário que os órgãos estejam dispostos de

maneira específica para cada situação, sendo “moralmente impossível que numa máquina haja muitas e diferentes para fazê-la agir em todas as ocasiões da vida, da mesma maneira que a nossa razão nos faz agir” (Da Costa Felipe; Perrota, 2018, p. 11).

De acordo com John Searle, apenas as capacidades das máquinas de aprenderem e resolverem situações com mais rapidez do que seres humanos resolveriam não demonstra que a tecnologia pensa ou se comunica da mesma maneira, só mostra que os computadores aprendem a seguir regras e padrões:

A razão por que nenhum programa de computador pode alguma vez ser uma mente é simplesmente porque um programa de computador é apenas sintático, e as mentes são mais do que sintáticas. As mentes são semânticas, no sentido de que possuem mais do que uma estrutura formal, têm um conteúdo. (Searle, 1997, p. 38-39)

Searle também destaca que existem dois tipos de intencionalidade: a derivada e a original. Os seres humanos e animais possuem a chamada intencionalidade original, imiscuída de desejos, sensações e sentimentos. Por sua vez, as máquinas possuem apenas a intencionalidade derivada da intencionalidade original do ser humano que produziu uma determinada tecnologia. Abordando mais profundamente, Daniel Dennett (1997) defende que para um computador poder se relacionar com o mundo físico e, assim, ser considerado uma inteligência, é necessário que esteja integrado a um robô, responsável pela interação com o mundo externo.

Portanto, partindo desses ideais, pode-se dizer que inteligência artificial é um conjunto de regras, padrões pré-estabelecidos e devidamente programados para, em conjunto, encontrarem soluções a problemas, de maneira mais eficiente, célere e objetiva. Destaca-se que as inteligências artificiais devem derivar da própria inteligência humana, e suas capacidades estariam restritas à reprodução de softwares, programas, padrões e dados integrados criados por humanos.

2. SOFTWARES JURÍDICOS MAIS UTILIZADOS POR ADVOGADOS BRASILEIROS

Quando integrada ao campo do direito, a inteligência artificial ainda possui algumas restrições que serão ulteriormente analisadas. Primeiramente, é importante estabelecer o seu uso no direito antes de efetivamente adentrar no mérito da investigação criminal em si. Dentro da jurimetria são avaliados dois pontos de algoritmo: o *input* e o *output*. O *input* diz respeito aos documentos, fatos, precedentes e julgados, enquanto o *output* representa o ponto de chegada, ou seja, o resultado alcançado. Em vista disso, a jurimetria trata do uso de estatísticas no ramo do direito, “utilizada em conjunto com softwares jurídicos para tentar prever resultados e oferecer probabilidades de resolução dos litígios em determinado sentido”. Assim, no meio jurídico haveria a possibilidade de antecipar possíveis desdobramentos em contextos processuais, bem como auxiliar o juiz na tomada de decisões mais imparciais e neutras (Júnior; Leonel, 2021, p. 63).

Para uso dos advogados, essa forma de confronto entre estatística e direito possibilitaria melhor aconselhamento aos clientes, a partir de sugestões para soluções consensuais de conflitos. Por consequência, o número de processos contabilizados seria reduzido e aqueles pendentes de julgamento melhor resolvidos, baseados em algoritmos e dados estatísticos programados. Muito embora a tecnologia tenha suas vantagens no contexto jurídico, como argumentam Aforinali e Bueno (2022, p. 5), seria essa mesma tecnologia a responsável por substituir o trabalhador jurídico, sendo uma ameaça e não um instrumento de apoio?

A partir das normas e dos fatos jurídicos, o legislador traça os padrões normativos de acordo com aspectos culturais, sociais, históricos e, por vezes, religiosos, estabelecendo regras de conduta, os chamados códigos. Hodieramente, uma das inteligências artificiais mais utilizadas no meio jurídico é o software de organização interna AURUM. A AURUM é uma *Lawtech*, isto é, uma tecnologia jurídica, e possui dois softwares de inteligência artificial: o ASTREA e o THEMIS. O ASTREA funciona como uma rede de integração dos processos no escritório, permitindo que o advogado controle prazos, receba publicações e organize o financeiro, além de receber

atualizações e andamentos processuais diárias. Já o THEMIS possui as mesmas funções do ASTREA, mas com um bônus de contar com gráficos e indicadores processuais, com a finalidade de reduzir riscos desnecessários e antever desdobramentos processuais.

O Jusbrasil é uma plataforma online na qual é possível realizar consultas e andamentos processuais, pesquisas de jurisprudências e doutrinas, ler e escrever artigos e ainda conta com a ferramenta de disponibilização de modelos de peças processuais, possibilitando auxiliar advogados que porventura necessitem. Através do Jusbrasil também é possível acessar o diário oficial, o que facilita na busca por publicações e otimiza o tempo. Embora existam muitas outras plataformas estas são as mais utilizadas no Brasil, atualmente (Aforinali e Bueno, 2022, p. 16-18).

Apesar das tecnologias servirem como auxílio no meio jurídico, uma pesquisa realizada pelas Universidades de Stanford, Duke e do Sul da Califórnia, nos Estados Unidos, em parceria com a *startup* de tecnologia jurídica, Lawgeex, demonstrou que, em uma competição entre vinte advogados e uma inteligência artificial, na qual deveriam revisar cinco acordos de confidencialidade em quatro horas, os advogados precisaram de noventa e dois minutos para resolver a tarefa, enquanto a inteligência artificial levou apenas vinte e seis segundos (Roque; dos Santos, 2021, p. 66).

Segundo os autores, a inteligência artificial deve somar, e não subtrair ou substituir o trabalho dos profissionais jurídicos:

Sem embargo de tais preocupações e apesar dos evidentes impactos que a utilização dos sistemas de inteligência artificial no meio jurídico pode trazer para a empregabilidade de advogados que trabalham com contencioso de massa, tais mecanismos foram concebidos essencialmente para somar, facilitando a rotina dos profissionais (sobretudo nas tarefas repetitivas) e liberando mais tempo para que possam se dedicar a atividades intelectuais e criativas. (Roque; Dos Santos, 2021)

Para que não haja a desumanização das decisões, e que a inteligência artificial atue a favor do homem no meio jurídico, os autores defendem a necessidade de três premissas básicas, de acordo com as quais seria possível estabelecer uma relação de harmonia entre a inteligência artificial e os atuantes da lei.

A primeira premissa básica é quanto à publicidade das decisões judiciais. Conforme os arts. 11 e 189, ambos do Código de Processo Civil, as decisões judiciais serão públicas, via de regra, e mesmo nos casos excepcionais de segredo de justiça deve ser assegurado o acesso aos autos pelo procurador e pelas partes envolvidas. Dessa forma, as decisões judiciais que sejam produzidas com o auxílio de inteligência artificial devem conter essa informação, sob pena de violação ao princípio da publicidade das decisões judiciais (Theodoro Júnior, 2017, p. 74).

A segunda premissa diz respeito ao princípio do juiz natural, segundo o qual as decisões judiciais devem ser tomadas por juízes, pressupondo o acesso ao Poder Judiciário, sem impedimentos. Assim, o Poder Judiciário não pode dispensar a humanização em seus processos e decisões, pois isso violaria, por consequência, a terceira premissa.

Essa última premissa dispõe que o povo brasileiro tem direito de acesso aos juízes e, portanto, as decisões judiciais não poderiam ser tomadas exclusivamente por robôs e inteligências artificiais. Tais decisões devem, em algum momento, ser submetidas e revisadas por seres humanos, a fim de evitar uma padronização genérica e para humanizar os processos. Inclusive, no caso de Embargos de Declaração opostos contra decisão proferida com o auxílio de inteligência artificial, a apreciação deve ser feita por juiz natural, sem que possa utilizar a inteligência artificial para análise dos embargos, sob pena de nulidade (Roque; dos Santos, 2021, p. 72-73).

Quando as três premissas básicas são devidamente respeitadas, é possível que as inteligências artificiais ajam a favor dos profissionais do direito. Enquanto não houver a regulamentação completa e detalhada das inteligências artificiais no mundo jurídico há de se observar as três premissas supracitadas, com intuito de respeitar as decisões humanas e para que a tecnologia trabalhe a favor do homem, e não como um instrumento de substituição (Roque; dos Santos, 2021, p. 72).

Os autores ainda ressaltam, brevemente, que: “apesar de a inteligência artificial revelar-se como uma forte aliada na retomada na promoção e eficiência dos atos processuais, o seu avanço tecnológico sem a devida cautela pode-se revelar temerário” (Roque; dos Santos, 2021, p. 74). Diversos são os aspectos que impactam diretamente na vida dos profissionais do direito

quando o assunto é inteligência artificial e desenvolvimento de novas tecnologias. Dentre eles encontram-se: i) a facilidade no entendimento de termos técnicos, uma vez que a inteligência artificial poderia contribuir para a confecção de peças processuais com maior celeridade e simplicidade, sem abuso dos termos de *juridiquês* e técnicos, incapazes de serem compreendidos por leigos sem a intervenção de condecorados do direito; ii) diminuição do tempo de tramitação processual, já que as ferramentas de software jurídico são capazes de acelerar pesquisas e análises processuais, o que implicaria diretamente no tempo decorrido entre o protocolo da petição inicial até o arquivamento definitivo do processo¹; e iii) redução de custos dos serviços referentes à contratação de advogados. Algumas demandas são mais complexas e necessitam de mais tempo e gasto com a contratação dos serviços advocatícios, e a inteligência artificial pode reduzir esse investimento, pois auxilia na resolução do problema com mais celeridade (Roque; dos Santos, 2021, p. 48-49).

2.1 Os softwares de inteligência artificial como instrumento de auxílio na investigação de CRIME

Vamos abordar aqui os três softwares mais utilizados para investigações criminais no Brasil, apontando quais as suas aplicações e contribuições para o processo penal. Inclusive, apontou o uso da IA no direito penal como um possível instrumento de garantia de direitos.

2.2 O uso de IA no direito penal para garantia de direitos?

Antes de se adentrar no efetivo uso da IA na descoberta de crimes e análise de locais e objetos de crime, importante dissertar acerca da aplicabilidade da IA no direito penal como um todo e como seu uso possibiliteria o respeito aos princípios constitucionais inerentes ao acusado. No caso da prisão preventiva, por exemplo, nas quais o prazo previsto no art.

¹ Segundo uma pesquisa do CNJ, em 2018, o tempo médio de tramitação processual, na esfera estadual, era de oito anos, desde o início do processo até a decisão final na fase de execução (Oliveira, 2019, p. 14).

316 do Código de Processo Penal² deve ser respeitado, sob pena de nulidade e até mesmo sanção disciplinar, a inteligência artificial pode servir como instrumento para cálculo desse prazo. Dada a quantidade de processos em andamento, muitas vezes os servidores não conseguem acompanhar da maneira devida, e nesse sentido a inteligência artificial poderia contribuir significativamente, pois, por sua vez: “permitiria a melhor compreensão das hipóteses da prisão, mapeamento do perfil dos presos, identificação das possíveis violações de direito a partir de critérios de raça e, dentro das limitações, o desenho de uma política pública de prevenção de crimes” (Carvalho, 2020, p. 25).

Seja no direito penal ou nas distintas áreas do direito, fato é que as inteligências artificiais estão tomando seu espaço. Quando utilizadas como instrumento de melhoria, ajuda e otimização de processos e procedimentos apresentam inúmeros benefícios, mas outros pontos devem ser observados para garantir que as inteligências e tecnologias complexas não substituam o trabalho humanizado e personalizado. Nas palavras de Da Costa Felipe e Perrota, as inteligências artificiais “somente mobilizam e realizam a partir da representação de conhecimento, análise e interferências do ser humano jurista” (Da Costa Felipe; Perrota, 2018, p. 14).

A tomada de decisões judiciais por meio da inteligência artificial causa uma sensação de estranhamento, posto que poderia gerar uma desumanização do processo, mas autores como Almeida Filho entendem que essa desumanização não é tão preocupante a ponto de estagnar o desenvolvimento das inteligências artificiais: “a informatização é benéfica ao sistema processual [...]”, até porque o “[...] O Brasil possui um dos melhores procedimentos eletrônicos do mundo e devemos ampliar esta ideia” (Almeida Filho, 2010, p. 1).

Para a automatização dos processos judiciais e das decisões proferidas em processos é necessária a observância de determinados pontos, além das três premissas básicas apresentadas por Roque e dos Santos (2021). Segundo

² Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Pereira, são duas as noções a serem compreendidas para a automação judicial por meio da inteligência artificial:

(i) a ideia de que há - e haverá sempre -, atos processuais não automatizáveis, conforme a previsão wieneriana³. Mas o comando de otimização para o processo eletrônico deve ser no sentido de se alcançar, um dia, as fronteiras do “não automatizável”, entregando às tecnologias digitais tudo aquilo que for passível de automação (automação máxima). Precisa-se desmontar os “espaços sagrados” e destravar a inventividade dos técnicos e (ii) a implicação óbvia da revisão dos procedimentos pois, segundo uma velha verdade da análise de sistemas, toda automação dever vir acompanhada da correspondente subotimização. (Pereira, 2012, p. 10)

Diante das preocupações com a possibilidade de substituição dos humanos pela inteligência artificial, faz-se urgente a regulamentação das novas tecnologias. Para que haja um bom uso das IAs (Inteligências Artificiais) a favor do homem é preciso estabelecer limites, que podem ser impostos por meio da legislação atinente.

Alguns críticos⁴ do uso da inteligência artificial na tomada de decisões judiciais atestam que as tecnologias não possuem a mesma inteligência humana, e que são incapazes de compreender e contextualizar na hora de prolatar uma decisão jurídica, especialmente quando se trata de decisões calcadas em sentimentos humanos e questões de natureza delicada, como é o caso dos processos criminais. Tal característica parte do processo de hermenêutica – interpretação – jurídica, não presente em inteligências artificiais. Isso porque “cada conflito carrega consigo um drama em particular, um cenário cujas características são únicas e, portanto, irrepetíveis” (França Jr; Santos; Nascimento, 2020, p. 236).

A aplicação das inteligências artificiais no direito penal e seu uso corriqueiro demandam conhecimentos complexos, representando um ponto de dificuldade para que haja sua integral implementação no setor jurídico. Assim

³ “O pensamento de Wiener ressalta a compreensão de que nenhuma ciência pode pretender evoluir, defendendo a existência de princípios indiscutíveis, verdades absolutas e preceitos totalmente seguros. [...] A pretensão de Wiener não é a de atribuir ao direito às certezas encontradas nas ciências matemáticas e de transpor para o conhecimento jurídico uma exatidão, motivo pelo qual verifica esta impossibilidade e incompatibilidade com a evolução do conhecimento científico”. (Freitas, 2011, p. 33-34)

⁴ Martinez e Scherch defendem que a compreensão do texto ainda é um fator essencial e que só é possível de ser realizado por humanos: “[...] na prática, na história, o Direito é uma luta que enfrenta perguntas sem respostas prontas”. A inteligência artificial não possui o discernimento e a consciência necessários para contextualizar e analisar os casos concretos a partir de suas circunstâncias próprias. (Martinez; Scherch, 2020, p. 8)

como as tecnologias, cada vez mais complexas, demandam conhecimentos igualmente complexos, o campo do direito também requer que os profissionais conheçam além da norma positivada e de jurisprudências, devendo estar preparados para a aplicação da hermenêutica e da ontologia. Esses fatores primordiais para a integração entre inteligência artificial e direito penal, sem que uma substitua a outra, acabam por dificultar e obstruir a congruência dessas duas ciências autônomas, sendo “necessário construir um estatuto compartilhado de aprendizagem recíproca capaz de ampliar a incidência colaborativa de ambos os saberes” (Rosa, 2019, p. 10).

Esse pensamento é corroborado por Junquilho e Maia Filho (2018) apud Andrade, Rosa e Pinto, argumentando os autores que: “As construções normativas envolvem interpretação terminológica e fática, não apenas a reunião ótima de algoritmos” (Andrade, Rosa e Pinto, 2020, s.p.). Os profissionais de direito devem estar sempre se capacitando, não somente para entregar soluções jurídicas mais eficazes, mas também para que consigam relacionar o direito com as tecnologias crescentes e cada vez mais complexas, sem que haja violação e ferimento das garantias e direitos fundamentais do indivíduo que responde a uma acusação formal de crime.

Nesse mesmo sentido, os autores Da Costa Felipe e Perrota defendem que, sob a perspectiva do uso de inteligência artificial como instrumento de auxílio e otimização, haveria de se considerar que a tecnologia não seria capaz de substituir o homem e sua força e mente de trabalho. Isso se deve, especialmente, pelo motivo de que:

as tecnologias trazem consigo ferramentas para um óbvio e crescente melhoramento na qualidade da pesquisa jurídica, e implicam a afetação indireta da advocacia contenciosa, na medida em que se torna possível prever o desfecho de determinados temas com um índice de acerto significativo. (Da Costa Felipe; Perrota, 2018, p. 12)

O ideal é tratar as inteligências artificiais sob um código de “moralidade algorítmica” (Da Costa Felipe; Perrota, 2018, p. 12), criando padrões éticos para programadores e desenvolvedores de softwares e IAs mitigando e reduzindo os efeitos indesejados do uso de tecnologias. O Parlamento Europeu começou a desenvolver regras atinentes às inteligências artificiais, estabelecendo que essas regras devem seguir as chamadas Leis de Asimov, sendo elas: i) que um robô não pode magoar um ser humano ou

permitir que isso aconteça, permanecendo inerte; ii) os robôs devem obedecer às leis dos homens, exceto quando essas leis entram em conflito com a primeira regra; e iii) que o robô deve proteger sua própria existência, desde que essa proteção não entre em conflito com as demais regras (Asimov, 2008).

Seria, portanto, a inteligência artificial um meio de garantia de direitos? Albino (2023, p. 42) defende que a IA é um instrumento de garantia de direitos na medida em que possibilita a produção de provas em processos judiciais, auxiliando na análise de dados – especialmente os forenses. Por outro lado, Piló e Brasil (2022, p. 279) salientam que as IAs devem ser tratadas com cuidado, uma vez que, por não possuírem capacidade humana de pensar e agir, podem, eventualmente, ferir direitos fundamentais. Também argumentam que o Estado precisa promover um controle mínimo sobre as tecnologias criadas, buscando combater as desigualdades por meio da tecnologia, e não criar mais desigualdade através dela.

2.3 O uso da IA na investigação criminal brasileira e suas contribuições: alguns exemplos de programas de inteligência artificial voltados para a prática forense

No aspecto do direito penal, a inteligência artificial vem sendo utilizada como forma de identificar autoria de crimes. O DNA – ácido desoxirribonucleico – permite que sejam identificados os genes presentes em cenas de crimes, conectando-os ao indivíduo. Para que seja possível a análise do DNA é necessário separá-lo em cadeias, a fim de encontrar o perfil genético correspondente. Contudo, as autoridades observaram que somente essa identificação não seria útil para a descoberta de autorias em delitos, havendo necessidade de um banco de dados para o lançamento das informações verificadas e posterior análise detalhada (Luz, 2020, p. 4).

Em 2009, o FBI (Federal Bureau of Investigation – Departamento Federal de Investigação dos Estados Unidos da América) cedeu ao governo brasileiro o programa Combined DNA Index System (CODIS), e nessa mesma época foram criadas a Rede Nacional de Genética Forense e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). As instituições estaduais possuem o dever de alimentar e atualizar o banco de dados integrado, cruzando

informações obtidas em perícias nas cenas de crime e nos bancos de dados de perfis genéticos de referência. Quando a amostra é incluída realiza-se o cruzamento dessas informações.

Com o aumento dos dados inclusos no sistema, passou-se a existir dificuldade em compatibilizar as informações de maneira eficaz e clara, e por isso o sistema SInDNA foi criado. Contando com uma ferramenta de geoespecialização, o novo sistema poderia oferecer resultados mais objetivos e distantes da simples coincidência.

A inteligência artificial vem sendo amplamente utilizada no direito penal como maneira de desestimular práticas arbitrárias de julgadores e servidores, como também para auxiliar na solução dos problemas encontrados na investigação criminal, quais sejam: i) a existência de um procedimento misto com uma estrutura bifásica; ii) burocracia com escrituração de atos e tramitação lenta; iii) não reconhecimento de defeitos processuais decorrentes de nulidades no inquérito; e iv) abusos de autoridade (Da Rosa; Cani, 2021, p. 5).

No primeiro ponto, observa-se a existência de um sistema bifásico de acusação. Esse sistema traduz-se no procedimento do júri, especialmente, posto que na primeira fase há a apuração de elementos que justifiquem o julgamento por jurados, e na segunda fase o julgamento em si. A maior problemática desse sistema é que ele acaba utilizando atos de natureza inquisitorial produzidos na primeira fase, nos atos acusatórios, por sua vez produzidos na fase subsequente. Trata-se de um sistema eivado de furos e previsto no art. 155 do Código de Processo Penal, “Dai porque, não raro, o júri era transformado em um espetáculo no qual as partes liam as declarações obtidas na primeira fase”⁵ (Da Rosa; Cani, 2021, p. 5).

Apesar da burocracia também fazer parte do sistema jurisdicional e ser inerente ao processo, baseado em etapas e documentos processuais, há de se destacar que essa mesma burocracia acaba por atrasar o andamento do

⁵ “No fundo, toda a prova produzida na primeira fase da persecução, de regra por um juiz instrutor, na investigação preliminar puramente inquisitorial, era usada na fase processual, por exemplo, por sua leitura no chamado Jugement. A sessão virava, como era sintomático, teatro, não raro pantomima; puro embuste; e os discursos, pomposos e longos, inflação fonética. As cartas do jogo já estavam marcadas e para desdizer isso era preciso desacreditar na figura democrática do juiz instrutor, tão inquisidor quanto qualquer outro que, na história, ocupou aquele lugar” (COUTINHO, 2010, p. 10).

processo e desvirtuar o contraditório. De acordo com Elio Fazzalari, poucas pessoas possuem a capacidade de se recordar com exatidão daquilo que depuseram em um processo, dado o tempo transcorrido desde a instrução. Por isso, muitas testemunhas acabam apenas depondo sobre falsas memórias, o que desvirtua o contraditório e demonstra que de processo resta somente o nome (Fazzalari, 1994, p. 85-86).

O terceiro ponto de problema observado nas investigações criminais diz respeito ao não reconhecimento de defeitos e nulidades decorrentes de um inquérito. A denúncia é recebida e as autoridades policiais não reconhecem os atos nulos, o que acaba por validar uma condenação. Conforme Da Rosa explica, esse não reconhecimento é fruto de uma tautologia:⁶

Sem a presença efetiva e atitude garantidora do agente punidor as regras não serão observadas. Há um afrouxamento das diretrizes diante da possibilidade de que o deslize normativo possa auxiliar estratégia vitoriosa. [...] Quando todo mundo quer manipular e o juiz não controla a nulidade, no fundo, o Estado se demite da função de mediador da violência privada, ampliando a deslegitimização do provimento judicial. A garantia da eficácia das regras procedimentais é o pressuposto do devido processo legal substancial. (ROSA, 2020, p. 637)

Essas irregularidades não maculam a ação penal decorrente do inquérito policial, fator que demonstra o quanto são temerárias as decisões que recebem a denúncia quando acompanhadas de elementos claramente ilícitos.

Por último, há a existência de casos de abusos de autoridade, muitas vezes denunciados, mas raras vezes punidos. Alguns policiais utilizam da tortura como forma de conseguir declarações falsas de consentimento para ingresso em moradia, confissões, flagrantes forjados, bem como escondem distintivos, agem longe de câmeras em comunidades periféricas e abordam pessoas que não conhecem seus direitos, geralmente sem testemunhas durante as abordagens.

Para solução desses problemas, algumas medidas já foram implementadas, a exemplo: i) gravação de oitivas e interrogatórios em delegacia; ii) gravação de rotinas policiais com câmeras acopladas às fardas;

⁶ A tautologia é o uso de palavras diferentes com o mesmo significado, sendo uma espécie de pleonasmo. Exemplo: preparar de antemão, monopólio exclusiva, prever antecipadamente. (Migalhas, online)

iii) vigilância de espaços públicos por meio de câmeras integradas com inteligências artificiais para reconhecimento facial; e iv) algoritmo para auferir a periculosidade dos depoentes (Da Rosa; Cani, 2021, p. 9).

Citando um caso prático, em uma situação para realizar o cálculo de dosimetria da pena em uma sentença de um indivíduo que praticou o crime de furto, a inteligência artificial poderia calcular com excelência. Contudo, outras circunstâncias além das objetivas são analisadas no momento de dosimetria da sentença, como por exemplo a periculosidade social do agente, suas particularidades e o comportamento durante o decorrer do processo. Diferentemente do ser humano, a inteligência artificial não é capaz de atribuir pesos de caráter subjetivo, somente consegue estimar o tempo de pena a partir do que a lei dispõe. Partindo desse pressuposto, a inteligência artificial deve agir como instrumento de melhoria, otimização e apoio, sendo incapaz de substituir pessoas na análise de aspectos que dependam de circunstâncias subjetivas por não ter consciência e nem sentimentalismo, característica típica do homem médio.

Existem diversos tipos de inteligências artificiais que podem ser utilizadas na perícia forense, seja para descoberta de autorias, mapeamento genético ou serviços administrativos em institutos de criminalística. Este trabalho irá citar os mais relevantes, sendo eles: IPED (Indexador e Processador de Evidências Digitais), EnCase e FTK. Os três sistemas são operados no Brasil, atualmente, sendo que os dois primeiros são de uso da Polícia Federal, por conterem uma operacionalidade mais complexa.

O IPED foi desenvolvido no Brasil para investigações durante a chamada Operação Lava Jato, e além de cruzar informações constantes em sua base de dados, também permite: recuperar arquivos perdidos, identificar criptografia, detectar nudez e rastrear localizações. O sistema tem compatibilidade com Windows, Mac OS e Linux, e permite o processamento de milhões de arquivos de maneira simultânea. O IPED tem inúmeras outras funcionalidades que se destacam, dentre elas a de buscar fotografias de crimes praticados contra crianças e adolescentes, possibilitando a identificação de imagens, bem como a função de análise de evidências a partir da utilização de filtros específicos pelo perito forense (AFD, 2023, online).

O EnCase é um dos mais significativos sistemas, posto que utilizado, no Brasil, pela Polícia Federal, e nos Estados Unidos, pelo FBI. Possuindo funcionalidades específicas como investigações completas em dispositivos eletrônicos, fornecimento de senhas de arquivos criptografados, análise de *hardwares* e padronização de laudos periciais, o EnCase não possui versão gratuita e seu uso é tão complexo que os peritos e policiais precisam passar por capacitações e treinamentos para aprender a operar o sistema (Bunting; Wei, 2006, p. 21).

Por fim, o FTK é um sistema gratuito e de fácil operação, sendo capaz de escanear o disco rígido para coletar informações, recuperar arquivos, criar filtros para análise de evidências e processar informações, gráficos e imagens. Por ser de fácil acesso, não possui funcionalidades tão profundas quanto as demais ferramentas, sendo necessário complementar com o uso de outros programas, como o IPED e o Autopsy (AFD). Este último é utilizado exclusivamente nos Estados Unidos e permite, além do processamento de informações, provas e dados, a investigação corporativa em casos de fraudes, estelionatos e crimes financeiros.

A existência desses programas mostra como a tecnologia e as inteligências artificiais podem trabalhar a favor do profissional, não só de direito, tampouco apenas de peritos e policiais forenses, mas de outros profissionais que necessitem realizar o trabalho com maior eficiência e celeridade e aumentar a produtividade e objetividade de suas análises.

Sob essa perspectiva, considerando as capacidades, contribuições e possibilidades trazidas pelo uso de inteligências artificiais no direito penal, para análises de cenas de crime e confronto de padrões genéticos, as IAs se mostram benéficas, posto que promovem maior detalhe nas investigações criminais e permitem que os peritos e profissionais técnicos habilitados verifiquem com maior clareza todos os pormenores de um caso ou de uma investigação. Entretanto, essas IAs devem ter atuações limitadas, servindo como instrumento de auxílio e produtividade, e não como substituto humano ou juiz integral, por isso a importância de uma regulamentação própria e de medidas públicas para sua implementação adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que uma tecnologia seja considerada uma IA é necessária a observância de determinados pontos, tais como: a capacidade de realizar atividades que, normalmente, são feitas por humanos; a possibilidade que a IA possui de estar em constante aprendizagem, sem que precise de programação; e o desenvolvimento de padrões estabelecidos com o intuito de fornecer soluções a problemas comuns, de forma mais célere e objetiva.

No direito, essa tecnologia vem sendo amplamente utilizada para produção de peças processuais, acompanhamento processual, elaboração de documentos, organização de procedimentos internos em escritórios e arquivamento de informações. Além de contribuir para a eficiência dos processos, a inteligência artificial permite que o advogado visualize claramente suas tarefas e otimize seu tempo, auxiliando na resolução de problemas com maior celeridade e objetividade.

Se utilizada para fins de apoio, melhoria, otimização e aumento na produtividade, as inteligências artificiais mostram ser instrumentos valiosos, que ajudam profissionais do meio jurídico a analisar processos, verificar andamentos processuais, organizar pastas e documentos, gerir escritórios e procedimentos internos. No direito penal, auxiliam no cálculo da pena e do tempo que resta a ser cumprido, na identificação de indivíduos que cometem delitos e no estabelecimento de padrões genéticos possíveis de serem cruzados com informações constantes nas bases de dados governamentais para análises de cenas de crimes. Programas como o IPED, o EnCase e o FTK permitem maior processamento de informações, melhor análise de dados e possibilitam o filtro de evidências encontradas em discos rígidos, cenas de crimes e investigações de ampla escala.

A metodologia consistiu na pesquisa acadêmica de artigos e livros escritos por autores nacionais, nas plataformas online do SciElo, Google Acadêmico, Scholar e repositórios de universidades. Por sua vez, o objetivo era justamente trazer o uso dos softwares jurídicos na investigação de crimes e suas contribuições nesse cenário, expondo o tratamento dos dados coletados em locais de crime e a análise de padrões genéticos encontrados.

Ao final, a pesquisa trouxe como resultado, à título de consideração final, que, embora tragam benefícios múltiplos às investigações forenses no Brasil, as inteligências artificiais devem ser utilizadas com parcimônia, posto que ainda lhes falta tanto a regulamentação adequada por lei própria, quanto a característica de tomar decisões baseadas em princípios e valores – características essas de cunho essencialmente humano. Não obstante, as leis não regulamentam adequadamente as inteligências artificiais, e, portanto, sua aplicabilidade, quiçá, pode ser comprometida.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA DE FORENSE DIGITAL. **FTK Imager**: principais funções de uma das ferramentas forenses mais populares da última década. [S. l.], [2024]. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/ftk-imager-ferramenta-gratuita-de-forense-digital/>. Acesso em: 9 fev. 2024.

ACADEMIA DE FORENSE DIGITAL. **O sistema IPED Forense**: Processador e Indexador de Evidências Digitais da Polícia Federal. [S. l.], [2024]. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/sistema-iped-forense/>. Acesso em: 9 fev. 2024.

AFORNALI, G. C.; BUENO, V. **Viabilidade do uso da inteligência artificial no meio jurídico**. 2022. Disponível em:
<https://repositorio.cesuca.edu.br/jspui/handle/123456789/4250>. Acesso em: 23 jan. 2024.

ALBINO, J. P. Inteligência artificial utilizada para garantia de direitos. **Publicações**, [S. l.], 2023. Disponível em:
<https://editorapublicar.com.br/ojs/index.php/publicacoes/article/view/789>. Acesso em: 21 fev. 2024.

ANDRADE, M. D. de; ROSA, B. de C.; PINTO, E. R. G. de C. Legal tech: analytics, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, 2020.

ASIMOV, I. **I, Robot**. New York City: Bantam Spectra, 2008. 256 p.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BUNTING, S.; WEI, W. **EnCase Computer Forensics**: The Official EnCE: EnCase Certified Examiner Study Guide. [S. l.]: John Wiley & Sons, 2006. Disponível em: <https://books.google.com/books?hl=pt>

BR&lr=&id=V_XPRmaOH60C&oi=fnd&pg=PR10&dq=EnCase&ots=1VbUve9Ih6&sig=7JsnXsQWAkIUwwwVVndaiqFSeI. Acesso em: 9 fev. 2024.

CARVALHO, C. de B. **Aplicabilidade da inteligência artificial como instrumento auxiliar nas varas criminais.** 2020. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/25383>. Acesso em: 29 jan. 2024.

COUTINHO, J. N. de M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, J. N. de M.; CARVALHO, L. G. G. C. de. (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição:** análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DA COSTA FELIPE, B. F.; PERROTA, R. P. C. Inteligência artificial no direito – Uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 1-16, 2018.

DA ROSA, Alexandre Moraes; CANI, Luiz Eduardo. Investigação Criminal 4.0: entre soluções e problemas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 16, n. 1, 2021.

DENNETT, D. **Tipos de mente.** Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DESCARTES, R. **Discurso do Método.** São Paulo: Martins Fontes, 2001. 87 p.

FAZZALARI, E. **Istituzioni di diritto processuale.** Padova: CEDAM, 1994.

FRANÇA JUNIOR, F. de A.; SANTOS, B. C. L.; NASCIMENTO, F. C. L. Aspectos críticos da expansão das possibilidades de recursos tecnológicos na investigação criminal: a inteligência artificial no âmbito do sistema de controle e de punição. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 211-246, jan./abr. 2020.

FREITAS, H. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. **Jota.info**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 24 jan. 2024.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Metrô de SP ganha novo sistema de monitoramento eletrônico com inteligência artificial.** São Paulo, 21 nov. 2022. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/metro-de-sp-ganha-novo-sistema-de-monitoramento-eletronico-com-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HAWKING, S. **Conferência de abertura da Web Summit em Lisboa, Portugal.** [S. l.]: [s. n.], [2024]. Disponível em:

https://www.youtube.com/watch?time_continue=13&v=U-hcSLya0_w. Acesso em: 9 fev. 2024.

JÚNIOR, E. O.; LEONEL, V. Limites e possibilidades da inteligência artificial aplicada ao direito: estado da arte no brasil. **Unisul de Fato e de Direito:** revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, v. 11, n. 22, p. 45-59, 2021.

KURZWEIL, R. **The age of spiritual machines:** when computer exceed human intelligence. New York: Penguin Books, 1999.

LUZ, L. G. M. *et al.* Utilização da inteligência artificial na identificação criminal pelo DNA: uma análise acerca da fieza dos resultados obtidos. In: **ANAIIS DO CONGRESSO INTERDISCIPLINAR**, [S. l.], 2020. p. 1-10.
Disponível em:
<https://anais.unievangelica.edu.br/index.php/cifaeg/article/view/6177/3322>. Acesso em: 29 jan. 2024.

MARTINEZ, V. C.; SCHERCH, V. A. Relações entre direito e tecnologia no século XXI. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, n. 1, 2020.

MICROSOFT. **Mães da Sé lança app com inteligência artificial para ajudar a encontrar pessoas desaparecidas.** [S. l.], [2024]. Disponível em:
<https://news.microsoft.com/pt-br/features/maes-da-se-lanca-app-com-inteligencia-artificial-para-ajudar-a-encontrar-pessoas-desaparecidas/#:~:text=Por%20meio%20de%20um%20algoritmo,encontrou%20pode%20ser%20uma%20delas>. Acesso em: 8 fev. 2024.

MOLEIRINHO, P. M. S. E. **Aplicação da inteligência artificial ao serviço da função policial.** 2021. Disponível em:
<https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/38136>. Acesso em: 9 fev. 2024.

PEREIRA, S. T. **Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz:** ciberprocesso. [S. l.]: eGov UFSC, 2012. Disponível em:
<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/processo-eletr%C3%B4nico-m%C3%A1xima-automa%C3%A7%C3%A3o-extraoperabilidade-imaginaliza%C3%A7%C3%A3o-m%C3%ADnima-e-m%C3%A1ximo-apoio>. Acesso em: 24 jan. 2024.

PESSIS-PASTERNAK, G. **Será preciso queimar Descartes?** Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam. Lisboa: Relógio D'Água, 1993.

PILÓ, X. C.; BRASIL, D. R. A utilização da inteligência artificial no direito penal e seus reflexos nas garantias e direitos fundamentais. **Revista EJEF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jul./dez. 2022.

PUCRS. **Inteligência Artificial:** o que é e como funciona. Porto Alegre, 5 jul. 2023. Disponível em: <https://online.pucrs.br/blog/inteligencia-artificial>. Acesso em: 30 jan. 2024.

ROQUE, A.; DOS SANTOS, L. B. R. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 22, n. 1, 2021.

ROSA, A. M. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 2, p. e259, 26 set. 2019.

SEARLE, J. **Mente, cérebro e ciência**. Lisboa: Edições 70, 1997.

TEIXEIRA, J. **O que é inteligência artificial**. [S. l.]: E-galáxia, 2019. Disponível em: <https://books.google.com/books?hl=pt-BR&lr=&id=oDSZDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=intelig%C3%A3ncia+artificial+hist%C3%B3rico&ots=5HfyF6TtQZ&sig=zzyp4WocckSuX4IrY2s-e06qYzs>. Acesso em: 23 jan. 2024.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

Recebido em: 14/08/2025
Aceito em: 15/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-12305



DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E EROSÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

JUDICIAL DISCRETION AND THE ERODING OF PROCEDURAL GUARANTEES

*Raquel de Freitas
Manna*

Doutora em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2023). Mestre em Direito Público pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP (2010). Especialista em Direito Público e Filosofia do Direito pela Faculdade Católica de Uberlândia-MG (2005). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia-MG (2002). Atuou como professora dos cursos de Direito da UEMS de Paranaíba e das FIPAR entre 2007 a 2011. Atuou como advogada entre os anos de 2003 a 2011. Desde 2011 é professora efetiva da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, na Unidade Universitária de Naviraí. Atualmente, além de docente do Curso de Direito, atua como Assessora Jurídica na UEMS.

raquelmanna@uem.br

<https://orcid.org/0000-0002-2811-876X>

RESUMO: O presente artigo analisa criticamente os impactos da teoria da instrumentalidade do processo e do neoconstitucionalismo sobre as garantias processuais, com foco na atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Sustenta-se que o protagonismo judicial, ancorado em princípios vagos e na valorização excessiva da justiça material, tem provocado a corrosão do devido processo legal, comprometendo a segurança jurídica, a imparcialidade e a legalidade estrita. O estudo utiliza metodologia qualitativa e documental, com base em referências doutrinárias contemporâneas. Defende-se a retomada do processo como estrutura de garantias contra o arbítrio estatal, reafirmando a legalidade e o formalismo procedimental como elementos essenciais à prestação jurisdicional legítima. A pesquisa conclui que a flexibilização excessiva do procedimento, sob pretexto de eficiência ou justiça social, permite a ampliação indevida da discricionariedade judicial, o que ameaça o equilíbrio entre os Poderes e fragiliza a democracia constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade judicial; Devido processo legal; Garantias processuais; Formalismo.

ABSTRACT: This article critically examines the impacts of the theory of procedural instrumentalism and neoconstitutionalism on procedural guarantees, focusing on the role of the Brazilian Judiciary, especially the Supreme Federal Court. It argues that judicial protagonism, based on vague principles and an overemphasis on substantive justice, has led to the erosion of due process of law, undermining legal certainty, impartiality, and strict legality. The study adopts a qualitative and documentary methodology, drawing from contemporary legal scholarship. It advocates for the reaffirmation of the legal process as a structure of guarantees against state arbitrariness, highlighting legality and procedural formalism as essential elements of legitimate judicial performance. The research concludes that excessive procedural flexibility, under the guise of efficiency or social justice, unduly expands judicial discretion, threatening the balance of powers and weakening constitutional democracy.

KEYWORDS: Judicial discretion; Due process of law; Procedural guarantees; Formalism.

Como citar: MANNA, Raquel de Freitas. Discricionariedade judicial e erosão das garantias processuais. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 105-128, 2025.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é iniciado com a dúvida de se haveria necessidade de mais uma pesquisa científica que se propõe a explorar o princípio do devido processo legal. Após 37 anos de sua positivação na Constituição Federal de 1988, já não estariam esgotados os estudos e discussões sobre tal princípio?

A resposta, já dada de início, é negativa. E, ao contrário do que parece, a necessidade de reflexão sobre o princípio do devido processo legal é urgente, diante da atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente, da Corte Suprema.

Pois, vivemos um tempo em que as garantias processuais, historicamente conquistadas como limites ao poder do Estado, estão sendo progressivamente tensionadas por decisões judiciais que se afastam dos contornos legais em nome de uma suposta justiça substancial.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário e intérprete final da Constituição, tem protagonizado decisões que extrapolam o que tradicionalmente se comprehende como jurisdicional e flexibilizado procedimentos, contrariando a legislação.

Exatamente por esse motivo emerge a urgência da ponderação apresentada: até que ponto o Judiciário, especialmente o STF, pode – ou deve – flexibilizar procedimentos positivados e reinventar a lei em nome da concretização de princípios vagos e conceitos indeterminados?

O ordenamento jurídico brasileiro tende a adotar a teoria da instrumentalidade do processo, inaugurada por Cândido Rangel Dinamarco, em 1987, pela qual o processo é considerado instrumento para realização do direito material, priorizando-se, porém, a justiça substancial, a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional.

Além disso, influenciado pelos ideais do neoconstitucionalismo, prega-se a utilização do processo para atingir fins políticos e sociais e, não apenas, jurídicos.

E para alcançar tais objetivos (muitas vezes equidistantes do direito material discutido), concede-se ao juiz passe livre para desconsiderar a complexidade, o valor intrínseco e as garantias autônomas do processo, e

decidir conforme as suas próprias convicções, gerando riscos à segurança jurídica e à previsibilidade do procedimento.

Para enfrentar as causas e consequências do protagonismo judicial, é necessário retornar à Constituição Federal e sublinhar os incisos II e LIV, do artigo 5º, que estabelecem, dentre as garantias fundamentais dos cidadãos, a da legalidade e a do devido processo legal.

Urge romper com um paradigma de um século e meio de crença total na teoria que coloca o processo como instrumento a serviço da jurisdição, ou seja, do poder estatal. Para tanto, adotamos uma lógica de pesquisa qualitativa e documental, voltada à análise crítica e sistemática ao instrumentalismo processual e à discricionariedade exacerbada do juiz.

Celebra-se com o estudo a necessidade de (re)afirmar as garantias decorrentes do devido processo legal, eis que a inobservância ou distorção dessa garantia constitucional pode afetar direitos fundamentais e a segurança jurídica, especialmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), onde as decisões são definitivas e impositivas.

1. PRIMEIRO MOMENTO: as Teorias da Instrumentalidade e do Neoconstitucionalismo

1.1 O processo transformado em instrumento

Após a 2ª Guerra Mundial e buscando superar as críticas ao formalismo e às dificuldades de acesso à justiça, algumas teorias passaram a conceber o processo como um instrumento para a realização do Direito Material.

No Brasil, duas obras são representativas dessa fase: “A instrumentalidade do Processo”, de Cândido Rangel Dinamarco e “Acesso à justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Nessa última, os autores propõem a reformulação do processo e a universalização da tutela jurisdicional por meio da adoção de três ondas renovatórias: 1) assistência judiciária aos pobres; 2) representação dos interesses coletivos; e 3) efetividade do processo.

Nesse contexto, a prestação jurisdicional adquire contornos mais amplos, pois atribui-se ao Poder Judiciário o dever de se preocupar com o aspecto social. O acesso à justiça necessitava superar os obstáculos existentes a fim de oferecer a todos um sistema jurídico moderno e igualitário, voltado para a proteção dos direitos.

Partindo da premissa de que a decisão judicial deve promover a pacificação social e que esta interessa a toda a sociedade, a teoria do “acesso à justiça” defende o aumento dos poderes do juiz (e, consequentemente, do próprio Estado) para a maximização da eficiência da decisão estatal. O processo passa a ser “coisa do Estado”.

Assim, o publicismo processual (que se contrapõe ao privatismo processual, fundamentado no liberalismo, que tem o processo como “coisa das partes”), trata do processo como instrumento do Estado para a realização dos seus interesses, que podem variar a depender do momento e do local em que é aplicado.

O juiz passa a ser considerado como agente de transformação social, exigindo-se dele uma atuação mais proativa, principalmente, para a efetivação de direitos fundamentais. Nesse novo cenário, o juiz não se limita mais a aplicar mecanicamente a norma jurídica, recebendo autonomia para interpretar, flexibilizar ou criar a norma sempre que necessário à consecução dos objetivos do Estado.

Assim, o juiz deixa de ser apenas um aplicador da norma e passa a ser um agente que influencia a realidade social por meio de suas decisões, transformando relações jurídicas, políticas e sociais.

Todavia, um juiz interventivo e participativo, como forma de realização dos ideais constitucionais, não é um juiz imparcial, abatendo uma das garantias do processo.

Já a teoria da instrumentalidade do processo representou para a doutrina processual brasileira o marco para a mudança no conceito de jurisdição, sobretudo porque passou a considerar o processo como ferramenta para obtenção do direito material e a relativizar o formalismo processual.

Segundo essa teoria, o processo passa a ser sinônimo de jurisdição que, por sua vez, é sinônimo de Poder. Em síntese, o processo seria o instrumento a disposição do Estado (poder), e, sob tais premissas, passa

Dinamarco a elencar quais seriam os “fins” a serem alcançados pelo Estado através do poder jurisdicional, os nomeando de “escopos processuais”. Seriam eles: escopos sociais, escopos políticos e escopo jurídico. (ABBOUD; LUNELLI, 2015)

“(...) isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderando o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (Dinamarco, 2013).

A busca pelo acesso à justiça (ou a garantia do direito a uma ordem jurisdicional justa) perpassa pela necessidade de se estabelecer um processo justo, que só o será se produzir uma decisão efetiva, célere e justa.

Segundo esse pensamento e, depositando extrema confiança nos magistrados, crê-se que compete ao julgador extrair as legítimas expectativas da sociedade e realizá-las ao proferir a decisão, que será, então, justa; ou seja, cabe ao juiz realizar a justiça através do processo. Assim, estabeleceu-se uma tendência na forma de atuar dos juízes preocupados com a ‘realização da justiça’.

Além disso, a teoria da instrumentalidade promove um “empoderamento político” do juiz, através de sua atividade judicial (Carvalho Filho, 2022), ao considerar que o juiz deve ser capaz de reconhecer a vontade e perceber as necessidades do povo, e possuir o poder de corrigir o direito positivado para realizar o bem-comum.

Contudo, os conceitos de “justiça” e do que é “justo” comportam significados polissêmicos. Na realidade, o que se pretendeu foi autorizar o juiz a se valer de critérios moralmente mais elevados (chamados de justos), decorrentes da sua própria noção de moral, para proferir a decisão, sem que tivesse que observar os limites impostos pelo direito substancial ou processual.

Assim, ao decidir, o juiz poderá se valer de sua própria percepção do valor justiça, que será fruto de uma apreciação subjetiva do julgador. E o que era para ser a realização das expectativas da sociedade, fica reduzida à vontade, às convicções e à consciência do juiz (Abboud, 2020).

Todavia, não sendo o juiz um “ser iluminado” e capaz de efetivamente captar e aplicar os valores sociais dominantes, passa, então, a ser um impositor dos seus próprios valores, convicções e ideologias ao jurisdicionado (Abboud, 2020).

Para os instrumentalistas, mais vale a interpretação, a criação, feita pelo juiz do ordenamento jurídico, para decidir segundo seu subjetivismo, do que a própria lei positivada, haja vista que a jurisprudência é, então, consagrada como fonte formal e direta do Direito, a partir da previsão do sistema de precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015 (Costa, 2021).

Nesse sentido, a preponderância metodológica da jurisdição corresponde à visão publicista do sistema, pois o Estado utiliza o processo como instrumento para o cumprimento de seus objetivos. Desse modo o processo alcança seu significado político porque atua como um sistema aberto voltado para preservar os valores sociais afirmados pelo Estado e a jurisdição está na sua estrutura de poder (Dinamarco, 2013).

A teoria da instrumentalidade reduz o processo a mero artefato para boas intenções. Mas, o que ele se torna, na verdade, é um instrumento à disposição do juiz (Estado) para concretizar os ideais do próprio Estado (poder) (Costa, 2021).

Ao contrário disso, entendemos que não cabe ao juiz assumir a responsabilidade pela pacificação social, eis que ele não pode ultrapassar os limites da cognição judicial para interferir em assuntos para os quais sequer foi provocado. Portanto, cabe a ele somente pacificar o conflito posto em juízo.

Por outro lado, conceder ao juiz poderes de “correção” do Direito com base em conceitos indefinidos e valores subjetivos, produz mais abusos e distorções do que os benefícios que se espera.

Deste modo, ao decidir, cabe ao juiz observar o procedimento legalmente estabelecido, em respeito às garantias fundamentais do processo. A decisão deve pacificar pela adesão ao direito positivado, em decorrência da expectativa legítima que tem as partes em vê-lo aplicado e pela estabilização da decisão através da coisa julgada. Nada mais!

Assim, deve-se conceber a natureza jurídico-constitucional do processo como de garantia fundamental de liberdade contra o poder do Estado. Embora

sirva às partes, não pertence a elas, não perde a característica de público. Mas, também, não é coisa do juiz (Costa, 2021).

1.2 Neoconstitucionalismo e Processo Civil

O neoconstitucionalismo é, em síntese, um movimento jurídico e filosófico surgido após a Segunda Guerra Mundial, como uma reação à insuficiência do positivismo jurídico em garantir a proteção dos direitos fundamentais.

No Brasil, esse movimento se consolidou a partir da Constituição Federal de 1.988, que adquiriu papel de centralidade e irradiou a força normativa de seus princípios a outros campos, dando uma nova roupagem à dinâmica do Direito Processual.

O desdobramento do Neoconstitucionalismo no campo do Direito Processual consiste na incorporação dos valores, princípios e garantias constitucionais ao processo, redefinindo a sua estrutura e finalidade. Os princípios processuais passaram a gozar de elevado prestígio e a jurisprudência tornou-se fonte formal do Direito com a entrada em vigência do sistema de precedentes (CPC/2015).

Embora muitos tenham sido os avanços trazidos pelo Neoconstitucionalismo, há que se alertar para os perigos e riscos dessa corrente quando aplicada de forma excessiva ou desvirtuada no âmbito do Processo Civil.

Esses perigos geralmente decorrem da hipervalorização dos princípios em detrimento das regras processuais, o que pode comprometer a segurança jurídica e o próprio devido processo legal. Além de reforçar o papel do Poder Judiciário, considerando-o essencial na concretização dos valores e garantias fundamentais, portanto, superior aos outros dois poderes.

Tal se observa, por exemplo, nas interferências por parte do Judiciário em assuntos de interesse do Executivo, como a implementação de políticas públicas e de direitos sociais; na excessiva judicialização e em um maior ativismo judicial.

A partir desse pensamento, corre-se o risco de tornar as regras meras indicações, propostas, recomendações legislativas e, os princípios, estes, sim,

capazes de resolver qualquer imbróglio com uma facilidade (isto é, superficialidade) sedutora (Costa, 2021).

Marinoni (2022) afirma, ao defender a utilidade de regras processuais abertas, que, tendo em vista que a lei não pode antever todas as necessidades de direito material, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos.

Apesar de reconhecer que as normas processuais abertas conferem maior poder ao juiz para utilização dos instrumentos processuais, alerta que cabe ao juiz demonstrar a idoneidade do seu uso (Marinoni, 2022).

Por outro lado, Lênio Streck, crítico do neoconstitucionalismo, defende que:

(...) é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, contribuíram para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo, que reproduzem o prefixo “neo” em diversas ocasiões, como em “neoprocessualismo” e “neopositivismo”. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual) (Streck, 2014, p. 27).

Sob a égide da legalidade/tipicidade, o controle do poder jurisdicional é feito a partir da prévia definição dos instrumentos processuais a serem utilizados. Sob o amparo do neoconstitucionalismo pretende-se que o juiz justifique a necessidade de utilização da técnica processual eleita e que esta fique sujeita ao controle das partes, tomando como critérios a proporcionalidade e a ponderação.

Assim, nesse último, o controle sobre a atividade do juiz é exercido exclusivamente a partir da justificação judicial, ou seja, da fundamentação da decisão. Caso uma das partes não concorde com a justificação do juiz ou ela não seja correta, a solução prevista é valer-se do remédio recursal.

O discurso neoconstitucional está alinhado com o ideal de supremacia jurisdicional e com propostas, em versões mais *hard* ou *soft*, de ativismo judicial (Carvalho Filho, 2022, p. 105). Segundo Carvalho Filho (2022, p. 106),

o ativismo judicial “é um problema muito debatido pela doutrina e com críticas, irrespostas, que fulminam qualquer possibilidade de sua sustentação jurídica, nada obstante ele continua a povoar as decisões em Varas e Tribunais e a ser amplamente encorajado pela doutrina”.

2. SEGUNDO MOMENTO: a Constituição Federal de 1988

2.1 A garantia da legalidade

Na Constituição Federal de 1988, a garantia da legalidade está prevista no artigo 5º, inciso II, que declara que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O Estado Democrático de Direito, conforme leciona Garcia Herrera (1996), caracteriza-se pelo princípio da legalidade, que de um lado subordina os poderes públicos a leis (gerais e abstratas) e, de outro, faz com que o funcionamento dos três poderes esteja vinculado à garantia dos direitos fundamentais.

Castro (2010, p. 186) afirma que, apesar de o princípio da legalidade ter subsistido, o “legalismo formal e dogmático tem experimentado notória superação”, sendo necessário reconhecer que, ainda que a constituição de um Estado não o afirme expressamente, a mentalidade constitucionalista moderna autoriza (ou tolera) o exercício do poder legiferante por órgãos e agentes, tanto públicos quanto privados, estranhos aos quadros das assembleias representativas da soberania popular.

Em direção oposta, Costa (2021, p. 59) defende que a legalidade é “garantia fundamental contrajurisdicional”, pois limita a atuação do juiz aos exatos termos das leis aprovadas por representantes eleitos pelo povo. Fora dos limites legais, o juiz não interpreta, cria; age como legislador, inventa normas sem autorização constitucional.

Segundo Abboud (2020), o Estado Constitucional (ou Democrático) substituiu a figura do Estado de Direito, de forma que, à atuação do Direito, “além de limitada pelas regras constitucionais”, impõe uma “vinculação material do agir do Estado aos direitos fundamentais”.

Assim, acolhe-se a subordinação da lei aos princípios e garantias fundamentais, o que não se admite é a tentativa, que tem ocorrido em muitas narrativas doutrinárias e interpretações judiciais, de exclusão da própria lei, eis que essa também se configura em garantia fundamental instituída pela Constituição Federal.

Cremos que o Estado Constitucional exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, mais especificamente dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, porém, não se pode admitir a validade de uma lei (ou norma) que não esteja de acordo com os dispositivos constitucionais, dentre eles e, principalmente, a legalidade.

Assim também deve se dar em relação à discricionariedade judicial. O espaço de liberdade que o ordenamento jurídico confere ao juiz para decidir casos concretos quando a norma jurídica não estabelece uma solução única, permitindo-lhe escolher, não pode exacerbar os limites legais.

A Jurisdição é a função estatal de compor os litígios, de declarar e realizar o direito, com o fim de obter a paz social. Ou seja, é a função atribuída ao Estado, de solucionar as causas (conflitos) que lhe são submetidas, através do processo, aplicando a estas a solução juridicamente correta (ou seja, a norma jurídica adequada ao caso concreto). Trata-se de poder-dever do Estado. É serviço público prestado por um dos órgãos do Estado, o Poder Judiciário (Donizete, 2024).

Para que a atribuição da função jurisdicional seja exercida, uma vasta quantidade de normas jurídicas precisa ser instituída para disciplinar sua atuação. Essas normas são previstas tanto na CF/88 quanto na legislação infraconstitucional, sendo a mais importante destas, o Código de Processo Civil.

A Constituição tutela o processo, assegurando o adequado exercício da atividade jurisdicional, de diferentes maneiras: separação dos poderes estatais, distribuição de competência legislativa (quem pode legislar sobre processo e quem pode legislar sobre procedimento), estrutura do Judiciário, a partir dos seus diferentes órgãos, e distribuição de competências entre esses, além das próprias normas de direito processual em si, na medida em que tratam do regramento da atividade jurisdicional” (Wambier; Talamini, 2020, p. 40).

A compreensão da jurisdição também sofreu mudanças no Estado contemporâneo. As teorias modernas introduziram mudanças significativas na forma de compreender a jurisdição, o processo e a atuação do juiz, sob forte influência da teoria da instrumentalidade do processo e do neoconstitucionalismo.

Tais visões distorcem a ideia original, de que o juiz deve aplicar o direito objetivo ao caso concreto, exigindo que ele atue ativamente na construção da decisão, exercendo atividade interpretativa e criativa do direito, especialmente, mas não apenas, em casos complexos ou com lacunas normativas.

Ao longo dos incisos do artigo 5º (mas não somente neles), a Constituição Federal prevê diversos dispositivos que constituem, de um lado, direitos dos jurisdicionados, e de outro, garantias fundamentais do processo. Assim, ao mesmo tempo em que a Carta Magna atribui poder ao Estado, institui mecanismos para limitar esse mesmo poder. E, para que essas estruturas sejam eficazes, é crucial que os processos se desenvolvam em escorreta atenção aos direitos e garantias constitucionais.

Ressalte-se que a Constituição Federal determina, em seu artigo 22, inciso I, que é de competência privativa da União (mais especificamente, do Poder Legislativo da União) legislar sobre Direito Processual Civil. Isso significa que é vedado ao Congresso Nacional delegar sua competência.

Portanto, o juiz não deve ultrapassar os limites da legalidade (criar, inventar o Direito). A lei deve ser sempre o limite normativo da sua atuação. Ao ultrapassar os limites do direito positivado, o juiz não está apenas interpretando ou reconstruindo a lei geral e abstrata para adequá-la ao caso concreto; está, na verdade, agindo como legislador, sem autorização constitucional (Abboud, 2020).

A fonte de legitimidade do Estado-Juiz não é a político-representativa, mas a jurídico-representativa, que pressupõe sua sujeição à lei e a operação decisória apenas nos quadrantes do direito¹.

¹ Essa é a ideia defendida, entre outros, por FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 70; e por CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas, in Proceso civil e ideología, Juan Motero Aroca (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 59.

A partir da garantia da legalidade, deriva outra: a da não criatividade. Fora do processo, a lei é previamente estabelecida pelo legislador ao juiz; dentro do processo, são as partes que previamente estabelecem os pedidos, fundamentos e argumentos ao julgador. Por essa razão, atua contra a jurisdição o juiz que, assumindo liberdades indevidas, decide à revelia da lei, acolhe pretensões não formuladas, surpreende com fundamentos inéditos ou deixa de enfrentar os argumentos que lhe foram apresentados. (Costa, 2021)

Ademais, a lei não concede ao juiz poderes discricionários de regulação procedural civil. O Código de Processo Civil autoriza unicamente às partes (art. 190) flexibilizarem o procedimento civil, mediante negócio jurídico-processual. Ao juiz restou autorizado apenas as situações previstas no artigo 139.

Apesar disso, alguns doutrinadores concebem a ideia de que cabe ao juiz moldar o procedimento processual para, assim, supostamente, proteger direitos fundamentais.

Fernanda Tartuce (2012), por exemplo, alega que a vulnerabilidade processual configura um critério legítimo de diferenciação entre os litigantes por distinguir aqueles que se encontram limitados para a prática dos atos processuais em razão de situações contingentes ou provisórias a que não deram causa voluntariamente. E que, por meio desse critério, permite-se a esses litigantes um tratamento jurídico diferenciado para que sua fragilidade não comprometa fatalmente a atuação em juízo e que seja assegurada a igualdade de oportunidades mediante a superação dos óbices que os acometeram.

Portanto, como o legislador não consegue prever todas as situações de vulnerabilidade que atingem os litigantes, caberá ao juiz considerar as circunstâncias particulares em cada contexto. Ou seja, a autora defende que o juiz está autorizado a alterar o procedimento processual em benefício do litigante fragilizado, sem qualquer previsão legal ou constitucional nesse sentido.

A autora entende que, para além das situações previstas em lei, cabe ao magistrado aferir se a debilidade de saúde gera impacto significativo na atuação do litigante em juízo e de seus advogados, concedendo tratamento diferenciado àquele que possui essa característica. Chega ao absurdo

argumento de que essa atuação do juiz deve manter-se dentro de certos limites, para que “não se tenha a impressão” de que o juiz está sendo parcial (Tartuce, 2012).

A esse respeito, bem pontua Costa (2021) que as partes, sim, podem flexibilizar o procedimento civil, pois autorizadas pelo artigo 190 do CPC e por ser o processo a garantia que a elas é dada contra a atuação autoritária do juiz e para obtenção de seus direitos, porém, não o pode o juiz, pois o processo é garantia em favor das partes, e contra ele instituída.

Apesar de grande parte dos neoconstitucionalistas defenderem uma interpretação que reforça o papel do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo, enquanto garantidor e concretizador dos princípios e garantias fundamentais, com maior interferência nos outros dois Poderes², há outros juristas que entendem que a jurisdição constitucional deve exercer um papel de controle da democracia representativa, verificando somente se as regras do jogo democrático estão sendo cumpridas, não havendo, justificativa para uma atuação reforçada do Judiciário³, especialmente, porque tal atuação pode representar graves riscos à democracia e aos direitos conquistados.

2.2 A garantia do Devido Processo Legal

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Estando previsto no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, subentende-se que o devido processo legal estabelece garantia aos jurisdicionados de que entre a afirmação de uma pretensão resistida ou insatisfeita e a realização substitutiva do respectivo agir pelo juiz deverá haver um procedimento em contraditório regulado exclusivamente em lei.

A positivação do devido processo legal transforma uma exigência ético-jurídica em norma constitucional cogente, assegurando ao indivíduo um conjunto de garantias indispensáveis à legitimação das decisões estatais, à

² Os defensores dessa vertente são chamados de Substancialistas. SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 202.

³ Por exemplo, Jurgen Habermas e John Hart Ely, defensores do Procedimentalismo.

proteção contra arbitrariedades e à efetividade dos direitos fundamentais, consolidando-se como verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito.

Assim, a garantia do devido processo legal deve ser aceita como um “sistema de limitações ao exercício do poder”, por meio da criação de barreiras intransponíveis na prática dos atos estatais, cuja inobservância implica a violação do próprio regime democrático (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2020, p. 108).

Essa regulação do processo pela lei serve para que as condições do debate sejam definidas, conhecidas e garantidas às partes pelo juiz, antes mesmo da existência do processo. Ademais, somente a lei (e não o juiz) pode instituir as condições procedimentais do curso da causa.

Segundo Abboud (2020), a compreensão do devido processo legal deve ser tomada com extremo cuidado, pois tem ele sofrido inúmeras adulterações. A doutrina contemporânea tem buscado reformular a compreensão do devido processo legal, estruturando-o em duas dimensões complementares: a formal e a material.

A dimensão formal corresponde à concepção tradicional do princípio, centrada na observância rigorosa das normas procedimentais estabelecidas em lei. Essa corrente se fundamenta na legalidade processual e exige que o Estado, ao exercer a jurisdição, respeite o rito legalmente instituído, garantindo às partes um procedimento com etapas claras e previsíveis.

Assim, a observância do procedimento positivado é expressão do compromisso do Estado com o devido processo legal formal, sendo indispensável para garantir previsibilidade e segurança jurídica. Ao estruturar o desenvolvimento dos atos processuais por meio da lei, o procedimento deixa de ser expressão da vontade do julgador e passa a constituir verdadeiro instrumento de garantia da legalidade processual.

Entre os elementos essenciais dessa dimensão, destacam-se o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a paridade de armas, o duplo grau de jurisdição e a motivação das decisões judiciais. Esses institutos, ao serem observados, conferem legitimidade formal ao processo e são essenciais para assegurar um julgamento regular e imparcial (Didier Jr., 2022).

Por outro lado, pela dimensão material — também chamada de substancial — sustenta-se que o julgador pode ultrapassar a mera obediência

formal às regras procedimentais, para que o processo seja conduzido com base em critérios de justiça, razoabilidade, proporcionalidade e equidade. Em outras palavras, não se exige que o processo seja formalmente válido e, sim, que ele produza uma decisão justa e adequada aos direitos fundamentais envolvidos (Abboud, 2020).

Essa dimensão tem origem no constitucionalismo contemporâneo e ganhou força com o fortalecimento da jurisdição constitucional e a valorização dos princípios constitucionais como normas dotadas de eficácia plena.

A diferença entre as dimensões possui implicações práticas relevantes. De acordo com a corrente substancialista, um processo pode estar em conformidade com todas as etapas formais previstas na legislação (como notificações, prazos, recursos), mas, ainda assim, produzir uma decisão que viole direitos fundamentais por ser desproporcional, irrazoável ou abusiva. Para esse pensamento, a dimensão substancial do devido processo legal representa uma evolução do pensamento jurídico, pois busca reconciliar legalidade e legitimidade, forma e conteúdo, eficiência processual e justiça concreta (Lenza, 2023).

Contudo, essa ampliação conceitual é objeto de severas críticas por parte da doutrina garantista, que vê na leitura substancial do devido processo legal uma perigosa abertura para a atuação subjetiva e criativa do magistrado. Segundo a corrente garantista, o processo não deve ser instrumento para o juiz concretizar valores pessoais de justiça, mas sim um sistema normativo de garantias, estruturado para limitar o poder do Estado e assegurar imparcialidade, previsibilidade e segurança jurídica às partes (Lenza, 2023).

A função do processo, nesse sentido, não é produzir “decisões justas” segundo critérios morais ou axiológicos do julgador, mas impedir decisões arbitrárias, mesmo que elas se apresentem sob o manto de uma “justiça material” invocada com base em princípios vagos e cláusulas abertas. (Costa, 2021)

A dimensão material do devido processo legal, também conhecida como *substantive due process*, tem sido utilizada como instrumento de controle judicial sobre leis, políticas públicas e atos administrativos. Embora essa vertente do princípio tenha sido concebida com a finalidade de impedir arbitrariedades estatais mesmo quando formalmente legais, sua aplicação

extensiva tem gerado preocupações no que diz respeito à segurança jurídica, à legalidade democrática e ao equilíbrio entre os Poderes.

Um dos principais problemas reside na indeterminação conceitual do devido processo legal material, o qual se fundamenta em critérios como razoabilidade, proporcionalidade e justiça substancial. Tais conceitos, por serem abertos e amplamente valorativos, conferem ao julgador poderes interpretativos amplos, frequentemente desconectados de parâmetros objetivos definidos pela legislação.

Como consequência, decisões judiciais podem variar consideravelmente conforme a visão moral, política ou ideológica de cada magistrado, comprometendo a previsibilidade do Direito e a estabilidade das relações jurídicas.

Além disso, a dimensão material tem sido utilizada como instrumento do empoderamento político do Judiciário, o que favorece o chamado ativismo judicial. Ao invalidar leis ou impor condutas a outros Poderes com base em critérios substanciais do devido processo legal, o Judiciário assume papel proativo na formulação de políticas públicas, substituindo decisões de autoridades democraticamente eleitas por juízos de valor não eleitos e não representativos.

Outro aspecto criticável é a subversão do princípio da legalidade, uma vez que a invocação do devido processo legal material pode levar ao afastamento de normas válidas com base em avaliações subjetivas do julgador. Essa prática representa um desvio do modelo normativo-dogmático de aplicação do Direito, promovendo uma espécie de voluntarismo judicial, onde a Constituição deixa de ser parâmetro jurídico para se tornar instrumento de legitimação de decisões políticas do Judiciário.

Por fim, há também a dificuldade de controle e uniformização da jurisprudência quando se adota a dimensão substancial do devido processo legal como fundamento decisório. A inexistência de critérios objetivos compromete a função uniformizadora dos tribunais superiores e favorece a fragmentação jurisprudencial, gerando insegurança jurídica e imprevisibilidade para os jurisdicionados.

Por todos os motivos elencados, não se pode admitir a sobreposição da dimensão substancial à formal, a pretexto de se buscar decisões mais justas ou alcançar um ideal social.

O respeito à legalidade e ao procedimento são os únicos caminhos legítimos para o exercício da jurisdição em um Estado Democrático de Direito. Tentativas de flexibilização das garantias processuais, ainda que sob o pretexto de alcançar uma justiça mais efetiva ou célere, representam uma violação ao devido processo legal em seu sentido constitucional originário. (Freitas, 2019)

O juiz não atua como agente moral, político ou reformador social, mas como aplicador da lei, submetido às normas processuais e aos valores constitucionais entendidos como garantias objetivas, e não como permissões subjetivas para intervenções pessoais (Mitidiero, 2020).

Qualquer interpretação que permita ao juiz decidir com base em suas convicções e crenças transforma o processo, que deveria ser uma garantia da liberdade do cidadão, em instrumento estatal voltado à realização de objetivos avessos à lei.

Carvalho Filho (2022, p. 76) defende que distorcer o verdadeiro sentido da previsão constitucional do devido processo legal, retirando-lhe seu objetivo de “garantia do jurisdicionado contra o poder Estatal”, para transformá-la no chamado “processo justo”, cuja vagueza dogmática implica que “dentro dela tudo é possível, já que não existem limites para sua caracterização”, ofende não só a legalidade, mas a própria Constituição que a prevê.

Em nome da “justiça da decisão”, da “efetividade processual”, do “clamor popular” ou de qualquer outro ardil argumentativo, plasmam-se ao juiz poderes implícitos de flexibilização procedural, para a tutela do interesse de uma das partes, dando perfeição ao ideal instrumentalista de utilização do processo como “ferramenta oficial do Estado para a consecução de finalidades extragarantísticas” (Costa, 2021).

Assim, vislumbra-se a necessária compreensão do processo – ou do “devido processo legal” – como uma garantia constitucional dos cidadãos contra o eventual arbítrio do Estado, eis que previsto no título sobre direitos e garantias fundamentais. Isso significa que, para além das garantias do processo, o processo é visto ele mesmo como uma garantia. Serve aos

jurisdicionados como uma proteção⁴, não à jurisdição como um instrumento, um utensílio, uma ferramenta. Enfim, atende às partes, não ao juiz.

3. TERCEIRO MOMENTO: Entre a interpretação e a violação das garantias processuais

A aplicação acrítica da teoria instrumentalista e dos influxos do neoconstitucionalismo representa riscos à segurança jurídica e à rigidez procedural. Na prática, a flexibilização excessiva das normas processuais pode conduzir a um aumento da discricionariedade judicial, fragilizando as garantias constitucionais do devido processo legal.

Desse modo, a busca por uma justiça material imediata pode resultar em autoritarismo judicial, na medida em que transfere ao julgador o poder de reinterpretar ou desconsiderar normas formais com base em juízos subjetivos.

Se, por um lado, o processo não deve ser considerado como mero instrumento técnico; por outro lado, precisa ser visto como um mecanismo de contenção do arbítrio estatal, cuja finalidade é assegurar os direitos fundamentais dos jurisdicionados, sobretudo os princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz e da legalidade estrita.

Assim, o processo, em um Estado Democrático de Direito, não deve ser compreendido como ferramenta de realização da vontade do juiz, mas como estrutura normativa destinada a limitar o exercício do poder. As garantias do processo devem, portanto, serem resgatadas e reafirmadas diante do avanço de práticas jurisdicionais que colocam em xeque os pilares da legalidade e da previsibilidade.

O fenômeno do neoconstitucionalismo, como um todo, levou a consequências nefastas de cometimento de uma série de abusos, como o uso exagerado de princípios, da criatividade e inventividade judicial e da flexibilização exacerbada da lei.

Por isso é que tanto o neoconstitucionalismo quanto a instrumentalidade do processo precisam ser vistas com cuidado para que não se elimine todas as formas de controle do poder estatal, eliminando a

⁴ Sobre o processo como garantia de liberdade, conferir: VELLOSO, Alvarado. Sistema procesal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

asseguração ou proteção de que dispõem as partes contra eventuais desempenhos judiciais abusivos, pois a lei serve, também, para impedir que o juiz o aplique de modo arbitrário.

Por fim, acredita-se que a garantia da eficiência processual, que se desdobra na busca pela economia processual, pela instrumentalidade das formas, pela efetividade e pela duração razoável do processo, não pode se sobrepor às garantias da legalidade e do devido processo legal, sob pena de desnaturação da atividade jurisdicional.

A eficiência é uma garantia individual dos jurisdicionados, pois combate a inatividade do Estado-jurisdição. Logo, não se pode, a pretexto de incrementar a eficiência, enfraquecer garantias como a legalidade, o devido processo legal, o juiz natural e a colegialidade material.

Na realidade, a bandeira da eficiência tem servido (e muito) para o autoritarismo judicial, ora para fazer criativos os juízes, permitindo que ajam como legisladores, ora para fazê-los parciais, permitindo que favoreçam uma das partes, considerada vulnerável (Costa, 2021).

A função da jurisdição tem que permanecer como sendo a de aplicar imparcialmente o direito, e a função do processo deve ser a de garantir que essa aplicação não se faça com desvios e excessos (Streck, 2014).

Através da Jurisdição o Estado não cria direitos subjetivos (quem cria é o legislador), mas apenas reconhece direitos preexistentes. Busca-se a concessão de um direito que já se tem (previsto na lei), mas não foi reconhecido. Por isso deve ser essencialmente declaratória (Câmara, 2022).

Defender conduta diversa do julgador faz preponderar a função ativa do juiz na solução do caso concreto a partir de princípios e não do direito positivado, ainda que seja a Constituição. Quando se autoriza sobremaneira a “interpretação”, ocorre o surgimento de diferentes modos de interpretar a Constituição. Acima de tudo, a interpretação se torna mais um processo de criação de novos significados do que uma postura de reforço de um já existente significado (a Constituição) (Abboud, 2021).

Segundo Jorge (2014), o ativismo judicial está relacionado com a transformação do papel do Poder Judiciário ocorrida nos últimos duzentos anos, pois os juízes deixaram de ser meros aplicadores da lei para se tornar coautores do significado da norma. Seria, assim, uma decorrência lógica do

pós-positivismo, este caracterizado pela normatização de conteúdos axiológicos por meio dos princípios cujos conteúdos não são imediatamente definíveis.

Não por outra razão, Wolfe (1997 *apud* Abboud; Lunelli, 2015) fala no advento de um poder “quase legislativo” pelos magistrados que, transitando pelas “vaguezas” do texto, passam a escolher a interpretação que melhor refletia as suas próprias convicções e preferências e as suas percepções quanto as expectativas e preferências da sociedade.

Diante das incertezas semânticas do texto, o intérprete distancia-se daquilo que é jurídico para, valendo-se de sua discricionariedade, ‘criar’ interpretações que melhor refletem a sua própria visão de mundo e de justiça. (Wolfe, 1997 *apud* Abboud; Lunelli, 2015). Em tal contexto, a interpretação e as decisões judiciais acabam viciadas pela vontade dos julgadores.

Não se pode admitir que o sentido do texto constitucional ou das leis infraconstitucionais se resumam ao juízo de conveniência do julgador. A decisão judicial deve ser fundamentada na lei positivada e na racionalidade da aplicação daquela à situação concreta posta em discussão e não em predisposições políticas, econômicas, religiosas, ou mesmo conforme as próprias convicções do juiz.

Vemos, assim, que a flexibilidade das normas processuais e a mitigação de regras para a obtenção da justiça pode provocar um indesejável efeito adverso: a insegurança jurídica. O formalismo processual seria, assim, garantia constitucional intrínseca ao processo e fundamental para a sua validade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, sobretudo com o avanço do neoconstitucionalismo e da teoria da instrumentalidade, assistiu-se a um processo de relativização das formas processuais e de ampliação da discricionariedade judicial, sob o argumento de que a finalidade do processo é a realização da justiça material.

Essa postura, embora muitas vezes bem-intencionada, tem gerado consequências preocupantes, como a substituição de regras por valores

subjetivos; o desprezo por garantias formais como o contraditório, a imparcialidade e a isonomia; e a abertura para decisões fundadas em convicções pessoais do julgador.

Essa tendência culmina na erosão do devido processo legal, substituindo-o por uma lógica de “justiça do caso concreto”, que compromete as garantias processuais, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.

Especialmente, no atual cenário jurídico brasileiro, em que vemos atuação da Suprema Corte, marcada pelo cometimento de uma série de abusos e de exageros, como a flexibilização exacerbada da lei, a utilização recorrente e sem critérios da técnica da ponderação, a interferência nas decisões do Poder Executivo, a usurpação da competência legislativa.

Estamos vivenciando os males que o protagonismo judicial pode gerar, conduzindo a um esvaziamento dos Poderes Legislativo e Executivo e, até mesmo, a uma descrença nesses poderes mediante uma supervalorização do Poder Judiciário, o que pode gerar afrontas severas a separação dos poderes, especialmente através da judicialização da política.

Luís Roberto Barroso (2006), atual Presidente do STF, afirmou que o neoconstitucionalismo “nos liberta da dependência absoluta do texto legislado para reconhecer que há normatividade nos valores e nos princípios ainda quando não escritos”. Mas a quem se atribui tais valores, ao povo ou ao julgador?

Portanto, faz-se urgente o resgate da racionalidade formal e da legalidade no processo judicial como forma de conter o avanço da arbitrariedade, do ativismo político-ideológico e da insegurança jurídica. O processo civil, concebido como instrumento técnico para a composição de litígios, não deve ser desvirtuado em instrumento de engenharia social, devendo conservar-se fiel aos seus fundamentos estruturais: legalidade, imparcialidade, contraditório e previsibilidade.

A atuação judicial deve se pautar por critérios normativos objetivos, dentro dos marcos legais e constitucionais, sob pena de se transformar em instrumento de arbitrariedade.

O retorno ao formalismo, compreendido como técnica de proteção das partes e não como mero capricho procedural, é essencial para a

preservação do contraditório, da imparcialidade e da segurança jurídica. Nesse contexto, a legalidade, enquanto núcleo estruturante do ordenamento jurídico, deve ser reafirmada como o único parâmetro legítimo para o exercício da jurisdição em um Estado Democrático de Direito.

Somente assim será possível reconciliar a discricionariedade judicial e o processo, sem que isso implique a corrosão das garantias fundamentais.

O processo civil não é palco de vontades pessoais, mas estrutura de garantias. A justiça que ultrapassa os limites da legalidade pode até parecer eficiente, mas quase sempre é autoritária.

É inadmissível que, em um Estado Democrático de Direito, o juiz possa decidir sem que existam critérios normativo-dogmáticos de controle da respectiva decisão, seja pelos Tribunais, pelas partes ou pela sociedade.

Por isso, consideramos, que somente por meio do formalismo que princípios como o da igualdade, da paridade de formas e da imparcialidade do juiz também são garantidos no processo, vez que fica assegurada a prestação jurisdicional de forma equitativa, sem qualquer distinção em razão do fato ou das partes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Democracia e Separação de Poderes. In: ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/9-democracia-e-separacao-de-poderes-processo-constitucional-brasileiro/1188257213>. Acesso em: 22 abr. 2025.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

ANDRADE, M. D.; DAMASCENO, D. L. P. O Empoderamento dos Tribunais Superiores para criar normas abstratas no sistema de precedentes vinculantes: necessária reforma do CPC/2015 ou propensão à inconstitucionalidade? **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 677-695, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/339009857_O_AUTOEMPODERAMENTO_DOS_TRIBUNAIS_SUPERIORES_PARA_CRIAR_NORMAS_ABSTRATAS_NO_SISTEMA_DE_PRECEDENTES_VINCULANTES_NECESSARIA_REFORMA

_DO_CPC2015_OU_PROPENSAO_A_INCONSTITUCIONALIDADE. Acesso em: 16 abr. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 321-331.

CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.

CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Mito da Eficiência Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2021.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Helena. **Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GARCIA HERRERA, Miguel Angel. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (Org.). **Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 71.

JORGE, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NOGUEIRA, A. M. P. **Precedentes Judiciais na Contemporaneidade – Eficácia Vinculante à Luz da Teoria Tridimensional do Direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

PIOVEZAN, C. R. de M. (org.). **Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro**. Londrina: Editora Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 7, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/gu8VJm>. Acesso em: 3 maio 2025.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – O constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/download/64/49/140>. Acesso em: 9 maio 2025.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. São Paulo: Método, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997.

Recebido em: 27/06/2024
 Aceito em: 12/08/2025
 DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11402



O DIREITO PROBATÓRIO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

EVIDENTIARY LAW AS A LEGITIMIZING FACTOR OF JUDICIAL DECISIONS

**Adriano Consentino
Cordeiro**

Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Mestre em Ética e Filosofia Política pela Unioeste – Campus Toledo

Paraná. Professor do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG) e da Univel – Centro Universitário.

adrianocordeiroady@msn.com

**Suzane Kelly Moro
Munaro**

Discente do curso de direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG). Pós-graduada em gestão financeira pela FASIPE (Faculdade de Sinop).

suzane_turismo@hotmail.com

**Marcos Vinícius Tombini
Munaro**

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG). Cientista Político. Advogado e Procurador de carreira da Câmara de Vereadores de Quendas do Iguaçu, Estado do Paraná. Cascavel/PR.

marcosmunaro@hotmail.com

Eduardo Cambi

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Associado da

Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba/PR.

eduardocambi@hotmail.com

RESUMO: Este artigo aborda o direito probatório no processo civil e destaca a importância fundamental da prova para a legitimidade das decisões judiciais. O estudo tem como objetivo orientar os julgadores, indicando como suas decisões podem se tornar racionais e legítimas, sob a ótica fundamental da prova, e quais características são desejáveis para dar maior sustentabilidade racional e jurídica à definição e tomada de decisão. Um processo julgado sem a devida prova é arbitrário e não pode ser considerado democrático. Os interessados devem demonstrar que sua situação fática está de acordo com as regras e princípios previstos no ordenamento jurídico e, para isso, é necessário utilizar os meios de prova disponíveis para convencer o julgador. A motivação e a legitimização das decisões judiciais caminham juntas, pois a prova serve como justificativa para a conclusão do julgador. A ciência jurídica brasileira não permite que o Estado-Juiz decida com base em sua consciência ou valores pessoais. A produção da verdade por meio da prova permite chegar a uma decisão judicial mais coerente, correta e legitimada democraticamente, atingindo assim os traços necessários para se concretizar a justiça da decisão. O magistrado deve permitir que as partes utilizem os meios de prova típicos e atípicos e realizar a análise e valorização adequada da prova. A busca pela verdade dos fatos é uma tarefa difícil e sujeita a erros, mas, ainda sim, deve ser perseguida como meio de melhor reconstrução dos fatos litigiosos.

PALAVRAS-CHAVE: Convencimento; Deliberação judicial; Legitimização; Prova; Valorização.

ABSTRACT: This article addresses evidentiary law within civil procedure and highlights the fundamental importance of evidence in legitimizing judicial decisions. The study aims to guide judges by indicating how their decisions can become rational and legitimate, from the essential standpoint of evidence, and what characteristics are desirable to provide greater rational and legal support to judicial reasoning and decision-making. A case adjudicated without proper evidentiary support is arbitrary and cannot be deemed democratic. Parties must demonstrate that their factual situation aligns with the rules and principles established by the legal system, and to that end, they must resort to available means of proof to persuade the judge. Motivation and legitimization of judicial decisions go hand in hand, as evidence serves as the justification for the judge's conclusion. Brazilian legal doctrine does not permit the State-Judge to decide based on personal conscience or values. The pursuit of truth through evidence enables the rendering of judicial decisions that are more coherent, correct, and democratically legitimized, thereby achieving the necessary elements for the realization of just rulings. The judge must allow the parties to make use of both typical and atypical means of proof and must engage in the proper analysis and evaluation of the evidence. The pursuit of factual truth is a difficult task, prone to error, but it must nonetheless be pursued as a means of better reconstructing the disputed facts.

KEYWORDS: Persuasion; Judicial deliberation; Legitimation; Evidence; Evaluation.

Como citar: CORDEIRO, Adriano Consentino; MUNARO, Suzane Kelly Moro; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini; CAMBI, Eduardo. O direito probatório como fator de legitimização das decisões judiciais. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 129-147, 2025.

INTRODUÇÃO

A atual conjuntura social desperta a necessidade de estudos mais aprofundados sobre a importância fundamental da prova para a legitimação das decisões judiciais em qualquer esfera do direito, como forma de gerar suporte, em especial aos órgãos julgadores, das formas de decidir com um viés racional. De fato, nos últimos anos, com o aumento dos conflitos entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o tema da prova, objeto do estudo, amplia a necessidade de uma abordagem mais aprofundada sobre a importância da legitimação das decisões judiciais.

Na aplicação da lei, incumbe aos interessados demonstrar que a sua situação fática se amolda as regras ou princípios previstos no ordenamento jurídico e para atingir o seu objetivo será necessária a utilização dos meios de prova disponíveis para o convencimento do juiz. O direito probatório e a legitimação das decisões judiciais são temas que caminham juntos, tendo em vista que a prova serve como forma de justificar o enunciado de conclusão do julgador. Neste viés, a efetividade do Poder Judiciário e a adequação dos direitos fundamentais se efetivam por meio da jurisdição e o pilar é a prova e os seus mecanismos de valoração judicial. Uma decisão judicial, por mais que não agrade a todos, deve ser calcada em fundamentos racionais existentes no sistema.

O mero convencimento judicial pela escolha de um direito em detrimento de outro não significa que os fatos estejam provados. O convencimento judicial, por si só, não é suficiente para justificar uma decisão. A justificativa para a decisão deve ser a ligação entre suas provas e as hipóteses levantadas no caso concreto. No estágio na qual se encontra a ciência jurídica brasileira, é inconcebível o magistrado decidir conforme a consciência ou baseado em valores íntimos desamparados do arcabouço das provas.

O direito probatório é um conjunto de regras e princípios que regem a produção e avaliação das provas em um processo judicial. Dentre essas regras, está a exigência de que as provas apresentadas sejam lícitas, ou seja, que não violem direitos fundamentais das partes envolvidas e que sejam obtidas de forma legítima. Nesse contexto, por exemplo, as cartas

psicografadas podem ser objeto de análise quanto à sua legitimidade como prova.

Assim, por meio de pesquisa bibliográfica, este estudo analisa como a busca da verdade, viabilizada pela prova e por sua adequada produção, contribui para a construção de decisões judiciais mais coerentes, corretas e democraticamente legitimadas pela participação dos litigantes. O propósito é o aperfeiçoamento da técnica processual, tendo como escopo atingir a justiça da decisão.

1. MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO

Fundamentar a decisão judicial (incluindo a motivação) é mais do que simples exigência do Estado Democrático de Direito, se trata de direito fundamental do cidadão. Justificar as razões e argumentos jurídicos é atividade intrínseca ao órgão julgador, sob pena de ensejar arbitrariedades. Já a motivação vincula-se aos direitos do cidadão obter provimento à tutela judicial efetiva. E sua importância é tamanha que o TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) considera a motivação um direito fundamental a um processo equitativo (Cambi; Munaro, 2019, p. 128).

José Miguel Garcia Medina (2017, p. 705), ao discorrer sobre dever de fundamentação motivação e justificação, destaca que fundamentar é apresentar racionalmente as bases jurídicas e fáticas da decisão. É ato de inteligência que envolve declaração e resposta, aprofundado a sistemática da seguinte forma: a) Fundamentar é ato de inteligência, porque refere-se à explicação detalhada do juiz sobre como ele chegou a uma decisão com base nos fatos apresentados pelas partes e nas provas disponíveis. Isso não só fornece uma resposta às partes envolvidas, mas também permite que outras instâncias judiciais revisem o raciocínio utilizado na decisão; b) a indefinição dos fatos sociais e do direito torna o processo instrumento relevante para revelar o sentido preciso da norma jurídica. As decisões judiciais desempenham um papel importante na construção desse sentido e na segurança do direito; c) fundamentar a decisão é um dever constitucional, derivado do contraditório e da ampla defesa. Para garantir um diálogo

completo durante o processo, espera-se que a decisão final seja fundamentada. Um verdadeiro diálogo só ocorre quando há compreensão entre as partes, permitindo que cada um entenda claramente o pensamento do outro (Medina, 2017, p 705-706).

O dever de fundamentar as decisões decorre do art. 93, IX, da Constituição Federal e implica, necessariamente, a obrigação de justificar as decisões, invocando argumentos de caráter jurídico. O limite das decisões judiciais reside na motivação/justificação do que foi dito, incumbindo ao juiz expor as razões que o conduziram a optar pela solução determinada em sua tarefa de solucionar conflitos. A motivação/justificação decorre do direito do cidadão à efetiva tutela jurisdicional, obtendo uma resposta do juiz. Por isso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considera a motivação integrante dos direitos fundamentais ao processo equitativo, apontando que as decisões devem indicar de forma suficiente os motivos que se fundam (Streck, 2014, p. 933).

O cumprimento adequado da obrigação de motivação das decisões é fundamental. A motivação desempenha um papel efetivo na legitimação da decisão, na medida que expõe os critérios que orientam a aplicação do ordenamento jurídico e regem a atividade do juiz. Consiste em um discurso justificativo no qual o magistrado explica e desenvolve as boas razões que sustentam a legitimidade e a racionalidade da decisão. Com efeito, tanto as partes quanto o juiz devem estar abertos ao confronto de argumentos e provas, ser sensíveis às particularidades do caso submetido ao Poder Judiciário e realizar uma constante avaliação crítica de suas próprias fundamentações (Almeida, 2007, p.23).

O art. 10 do CPC/2015 estabelece que o juiz não pode decidir com base em fundamento não discutido pelas partes, mesmo que seja matéria de ofício, para garantir a legitimidade das decisões judiciais. A coerência no processo judicial é essencial e deve-se evitar posições isoladas que possam prejudicar qualquer parte. Além disso, uma decisão baseada em um fundamento não discutido pelos litigantes torna o processo arbitrário e ilegítimo. A participação efetiva das partes no debate judicial é um reflexo do princípio de cooperação no processo (Amaral, 2016).

A motivação deve abordar tanto os conteúdos e fundamentos das regras de experiência quanto os significados e bases de sustentação dessas regras, de modo a deixar clara as razões que levaram à decisão. (Marinoni, 2020, p. 174). Surge, assim, a necessidade da motivação ou justificação judicial para embasar a formação da convicção em relação aos fatos. Nesse sentido, a motivação consiste na explicação da convicção e da decisão; ou seja, o juiz deve esclarecer, na sentença, as razões que fundamentam sua convicção, demonstrando se são suficientes ou insuficientes para acolher o pedido (Marinoni, 2020, p. 314).

Ao Estado-Juiz não é dado ser indiferente à realidade social. Também não pode utilizar decisões *solipsistas*, que são aquelas baseadas na sua íntima consciência, para decidir, já que ao fazer isso estará agindo de forma discricionária, sujeitando os jurisdicionados ao arbítrio quando os submete a um resultado exclusivamente de acordo com o julgador e não de acordo com o direito (Andreassa, 2021, p. 141). O magistrado não pode realizar apenas a valoração positiva das provas, deixando de mencionar os argumentos do seu convencimento, porque precisa explicar as razões das demais provas serem insuficientes para lhe persuadir (valoração negativa das provas). Caso contrário, incorre na distorção sistemática do próprio raciocínio, típico de órgãos judiciários que, ao confirmarem uma valoração, selecionam apenas os argumentos disponíveis dentre os favoráveis e descartam os contrários, sem fazer uma análise aprofundada dos argumentos (Cambi; Munaro, 2019, p. 130).

A par disso, o CPC/2015 abre portas para uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática, deixando claro que a democracia do processo deve ser equacionada de dois modos: I) procedimento que garanta o contraditório por meio de uma decisão participativa; II) por meio dos fundamentos da decisão jurídica: o dever de manter integridade e coerência. A decisão jurídica democrática deve ter a sua legitimidade confirmada por um *duplo filtro*: procedimento constitucionalmente adequado e interpretação dirigida à integridade (Streck, 2017 b, p. 35).

O dever do juiz de justificar suas razões, explicando por que ele prefere uma prova em detrimento de outra, é uma consequência direta do direito à prova. O direito à prova não se limita apenas à possibilidade de produzir

evidências, mas também inclui o direito de ter essas evidências valoradas. Independentemente do resultado da decisão judicial, é válido ressaltar que a motivação é mais relevante para a parte perdedora do que para a vencedora. A motivação é mais importante para o perdedor não apenas porque ele tem o direito de recorrer, mas principalmente porque é ele quem pode discordar da decisão e, assim, sentir a necessidade de encontrar conforto na justificação judicial. (Marinoni, 2020, p. 321).

Fundamentar as decisões serve, pois, para atender aos princípios constitucionais, na qual todas as partes do processo, influenciam a formação da decisão pacificadora. Sem uma adequada motivação, não é possível avaliar se a sentença considerou verdadeiramente as argumentações apresentadas pelas partes, nem permitir o necessário controle do comportamento do juiz pelos interessados por intermédio dos mecanismos de duplo grau de jurisdição (Theodoro Junior, 2016, p.108).

1.1 Meios de Prova e Instrumentos Adequados

O direito à prova é um tema fundamental do processo civil moderno, figurando entre os pontos sensíveis da "efetividade do processo", expressão que busca sintetizar um mecanismo processual que cumpra a tarefa de aplicar o direito material no escopo jurídico, bem como consiga realizar outros fins, sociais e políticos, para legitimar o exercício do poder jurisdicional (Cambi, 2000, p. 143-144). Logo, não é exagero reconhecer o direito à prova como um dos mais significativos para a transformação do regime processual autoritário para o regime processual democrático. A prova é o momento central do processo, no qual se realiza a reconstrução fática para dar suporte ao que foi trazido no processo. O direito à prova constitui aspecto fundamental do princípio do contraditório, e sua inobservância implica negar o exercício de ação e defesa (Badaró, 2016, p. 2-3).

Os meios de prova não são meras criações abstratas da lei, mas sim generalizações da experiência, decorrentes da observação cotidiana da vida e do avanço científico. São incorporados ao direito processual, possibilitando a descoberta da verdade, mesmo que ainda não tenham sido formalmente positivados no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é importante

destacar que, uma prova formada no processo com violação das provas típicas não pode ser considerada como atípica, uma vez que as provas ilícitas e nulas não podem, em hipótese alguma, serem consideradas como meios de prova atípicos. Dentre os meios de prova considerados como atípicos, pode-se citar, entre outros, o reconhecimento de pessoas ou coisas, a reconstituição de fatos e depoimentos de testemunhas técnicas, declarações fornecidas por terceiros e o comportamento processual e extraprocessual das partes. (Cambi, 2017, p. 601).

Os procedimentos adotados nas diversas formas de processo envolvem a determinação do momento em que a prova se manifesta na relação processual. Nesse sentido, a prova passa por diferentes estágios em sua existência, cada um condicionando o próximo. Em primeiro lugar, a prova precisa ser apresentada, para que, caso seja admitida, possa ser produzida na fase adequada do processo de instrução e, então, valorada (Fux, 2022, p. 431).

O direito processual civil brasileiro possui as provas típicas e as provas atípicas. São provas típicas reguladas no Código de Processo Civil (Brasil, 2015): a) prova documental (artigos 405 até 429); b) prova testemunhal (artigos 442 até 449); b) depoimento pessoal (artigos 385 até 388); c) prova pericial (artigos 464 até 480); d) a inspeção judicial (art. 481 até 484); e) prova emprestada (art. 372); f) a ata notarial (art. 384). Existe também a prova indiciária prevista no artigo 239 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), a qual possui aplicabilidade em situações excepcionais do processo civil, como no exame de DNA de uma investigação de paternidade, em que há grande probabilidade de acerto, mas não atesta 100% de veracidade.

As principais provas atípicas são: a) reconhecimento de pessoas ou coisas: muito aplicada no processo penal, consiste em descrever a pessoa ou coisa a ser reconhecida na companhia de outras semelhantes, na qual o depoente aponte a pessoa ou coisa que precisa ser reconhecida; b) prova técnica simplificada: envolve a inquirição de um especialista ouvido pelo juiz, sobre um ponto controvertido da causa que exija conhecimento científico ou técnico especializado, com a colheita de depoimento meramente opinativo; c) documentos psicografados: juntada de cartas psicografadas por médiuns no processo judicial é um assunto bastante discutível, mas pode ser acolhido

como instrumento lógico-crítico que auxilia na valoração das provas encartadas no processo, assumindo função acessória e integrativa); d) detectores de mentira: de uso controvertido, há quem defenda seu uso como meio objetivo de produção de prova e outros que afirmam ser impossível generalizar as reações humanas, porque alguns mentem de forma persistente sem qualquer alteração psicofisiológica, enquanto outros têm tais fatores alterados, mesmo dizendo a verdade; e) declaração escrita de testemunhas: comumente utilizadas, as declarações escritas não podem ser consideradas como equivalentes à prova testemunhal, por ser prova unilateral, embora o conteúdo pode ser avaliado pelo juiz; f) informante confidencial: necessita que as informações sejam confirmadas pelo conjunto de evidências produzidas no processo); g) provas estatísticas: o uso probatório dos dados estatísticos pode ser um ponto de partida para o desenvolvimento de técnicas mais eficientes de produção de provas, contribuindo para uma distribuição mais justa do ônus probatório (Cambi, 2017, p. 601-619).

A partir desta análise dos meios de prova e instrumentos adequados, há de se entender que expressões retrógradas de que “o destinatário da prova é o juiz”, a luz do Código de Processo Civil de 2015, restaram superadas, porque o processo se torna resultado da participação de todos os envolvidos. O CPC retira do juiz o papel de coadjuvante para lhe conceder um novo papel: o de partícipe. Com isso, todos os envolvidos se tornam destinatários das provas, em uma ideia de maior dialética na construção do processo. Ainda assim, no Brasil, ainda há cultura resistente, derivada da visão antiga, com tendência de conferir ao Estado-Juiz amplos poderes instrutórios, devendo ser combatido, pois a causa mais bem instruída apresenta melhores esclarecimentos dos pontos controvertidos e leva as partes à melhor compreensão e aceitação da deliberação judicial final (Ribeiro; Miranda; Gonçalves, 2020, p. 15).

1.2 A Importância da Prova e seus Critérios de Valoração

A valoração da prova decorre da avaliação da capacidade de convencimento dos argumentos que podem ser retirados do processo; ou seja, cabe ao juiz realizar o exame preliminar de valoração da prova para retirar ou

integrar ela no processo. Assim, é função do julgador realizar a graduação na formação da sua convicção atrelada às provas produzidas no processo. O CPC não apresenta uma taxatividade, fazendo-a variar de acordo com cada caso concreto. De qualquer modo, é possível identificar alguns critérios de valoração da prova, a exemplo de quando o juiz aplica a experiência comum e dá mais crédito a um documento do que uma testemunha ou quando confere maior credibilidade ao depoimento pessoal da parte quando esta afirma fatos contrários aos seus próprios interesses (Cambi *et al.*, 2017, p. 690).

Existe no direito processual 3 (três) sistemas de valoração das provas: 1) prova legal; 2) livre apreciação ou da convicção íntima; 3) persuasão racional (Cambi *et al.*, 2017, p. 690).

O sistema da prova legal consiste na atribuição prévia de um valor determinado pela lei a cada prova produzida no processo, o que restringe a discricionariedade do magistrado em relação à sua valoração no caso concreto. O sistema da prova legal busca limitar a atuação do juiz, que deve se submeter ao critério estabelecido pelo legislador e não pode decidir de acordo com seu próprio arbítrio. O objetivo é garantir a uniformidade e a previsibilidade nas decisões judiciais, assegurando que cada prova tenha um valor preestabelecido e que seja obedecido pelo juiz (Matos; Pacheco, 2016, p. 67).

A livre apreciação ou convicção íntima permite ao julgador total liberdade na avaliação das provas, sem a necessidade de justificar suas escolhas. O magistrado é soberano para investigar a verdade e avaliar as provas, sem regras que condicionem sua pesquisa ou métodos de avaliação, admitindo-se até obter o convencimento extra autos, contrariando a prova apresentada pelas partes e o princípio do contraditório. No entanto, essa liberdade pode levar a decisões irrationais e arbitrárias, uma vez que é possível decidir sem motivar conscientemente, deixando de expressar os motivos para àquela conclusão. Embora esse sistema ofereça ampla liberdade ao julgador, pode resultar julgamentos irresponsáveis e arbitrários, sem amparo nas provas concretas. (Almeida, 2014, p. 29-30). Apresenta resquícios no ordenamento jurídico brasileiro, no direito penal, nos casos dos crimes submetidos ao Tribunal do Júri.

Já o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, o órgão julgador decide a questão de fato com base na convicção formada de forma gradativa, à medida que novas provas são apresentadas, e a valoração racional da prova deve ser expressa nos fundamentos da decisão, baseados em critérios lógicos. Apesar de apreciar as provas livremente, o juiz se abstém das impressões pessoais para tirá-las das provas apresentadas, ponderando sobre a qualidade e força probante de cada uma, fundamentando e expondo os caminhos do raciocínio levado até a convicção. Em outras palavras, a liberdade intelectual do julgador deve sempre ser apoiada nas provas dos autos, com motivação clara e lógica (Almeida, 2014, p. 30).

O livre convencimento motivado ou persuasão racional é o mecanismo utilizado, em regra, no ordenamento jurídico brasileiro e, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, fortaleceu-se ainda mais a adoção do Brasil. Lenio Streck (2017, p. 33) aponta que em 2015 o direito processual brasileiro obteve uma grande vitória, uma vez que foi excluído do art. 131 do Código anterior, atual art. 371, a expressão “livremente” no que tange a apreciação da prova. A atual redação em vigência apresenta o seguinte texto: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (Brasil, 2015).

Em uma democracia comprometida com a Constituição, não é mais possível pensar na figura do juiz “acima das partes” ou o “guardião-da-parte-que-falhou”. Nessa linha, julgados do tipo “o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado” devem sofrer censura. Isso porque podem existir hipóteses na qual uma escritura pública possa valer menos que os depoimentos testemunhais. Porém, para chegar a essa conclusão, deve ser demonstrado por uma fundamentação judicial, a qual não podem ser derivadas do livre convencimento do juiz. Portanto, é inadequado e incorreto dizer, após a vigência do CPC/2015, que “o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado” (Streck, 2017, p. 35).

A valoração da prova deve ocorrer por meio de parâmetros racionais, longe da “íntima convicção” do Julgador, sob pena de arbitrariedade. Logo, a prova necessita ser entendida como instrumento de conhecimento, revelando-se inapropriada, assim, a fundamentação com base no convencimento

psicológico do julgador. Portanto, defende-se a utilização do método indutivo valorativo do grau de confiança ancorado na aceitabilidade (confirmação ou negação da alegação), a qual sugere-se a existência de um: I) capítulo de motivação da decisão estruturado com um primeiro tópico de indicação das provas disponíveis; II) segundo tópico com a apresentação dos testes de aceitabilidade - confirmação ou negação da alegação (Silva; Mendes, 2023, p. 21-22).

1.3 Finalidade da Prova: o problema da verdade processual

O direito tem como finalidade principal a busca da verdade, o que ocorre por meio do processo, originado por alegações das partes, sujeitos à verificação probatória, permitindo ao juiz decidir concedendo ou negando o pedido. O erro judiciário na apreciação dos fatos jurídicos, por outro lado, levaria ao descrédito do sistema de justiça e por consequência a sua deslegitimização. Sob o ponto de vista, as principais discussões são “que verdade?” e “como se alcançar a verdade?” no âmbito do processo. Isto se obtém com um processo racional sujeito a critérios de testes epistemológicos na formação da prova: a) a escolha dos aspectos fáticos a serem provados; b) à valoração da prova; c) o próprio julgamento sobre as provas; sempre sendo exigido o expresso detalhamento de quais foram os métodos racionais utilizados e sujeitá-los a testes de falseabilidade, para aproximar a verdade processual com a verdade real (Lemos; Júnior, 2022, p. 1184).

No entanto, deve-se ter em mente que a certeza da verdade se relaciona diretamente com a própria limitação de se buscar a verdade, especialmente com a correlação entre limitação e a necessidade de definição dos litígios. O juiz, para chegar na convicção da verdade, o faz entendendo que é impossível a descoberta da verdade em sua essência, uma vez que no processo pode haver a falibilidade. Apesar disso, o órgão julgador não pode se furtar de proferir sua decisão, sob o argumento de não encontrar a verdade (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2020, p. 435). Por consequência, a noção de verdade absoluta é utópica. O processo deve buscar a verdade que seja a mais próxima possível da realidade, permitindo a presença da dialética ao longo do procedimento, com as partes buscando comprovar, por meio de

argumentação, a veracidade de suas alegações (Didier Jr; Braga; Oliveira, 2009, p. 21- 22).

Nesse sentido, Michele Taruffo (2014, p. 639) aponta ser admissível a possibilidade de se obter uma verificação verdadeira dos fatos apontados no processo e relevantes para a formação da decisão, por meio do emprego de instrumentos probatórios adequados. Contudo, rejeita a tese de se descobrir a verdade formal, advertindo ser possível atingir a verdade real dos fatos controvertidos, longe de se afirmar “verdade absoluta” dado que tais verdades podem ser atingidas exclusivamente por alguns metafísicos e religiosos fundamentalistas, aqui, na seara processual, se procura atingir simplesmente a verdade que possa ser descoberta no mundo frágil e incerto das coisas humanas.

De acordo com a opção legislativa conferida no Código de Processo Civil, compete, em regra, às partes o ônus de fornecer as provas necessárias para comprovar as suas alegações. A parte que alega precisa se valer dos meios necessários para convencer o julgador da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão (Didier Jr, 2018, p. 152).

Em épocas passadas, o papel do magistrado era meramente o de um *espectador* na atividade probatória das partes, sem interferir na iniciativa ou condução das provas. Porém, essa abordagem já não é mais adequada ao processo civil moderno, que demanda um juiz comprometido com a busca da verdade e a justa distribuição da justiça, embora mantendo a imparcialidade necessária em relação aos interesses das partes (princípio da imparcialidade do juiz). Por essa razão, o juiz tem a autoridade de determinar, por iniciativa própria, a produção das provas necessárias para a descoberta da verdade, independentemente da solicitação das partes (Wambier; Talamini, 2012), sendo que tal ponto é contemplado no art. 370, *caput*, do CPC na qual estabelece que: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

É indiscutível que a abordagem analítica prevalece sobre o critério narrativo no contexto judicial, uma vez que é esperado que o juiz dê preferência à versão baseada em evidências. No entanto, é importante reconhecer que uma versão fundamentada em provas não necessariamente corresponde à essência da verdade, porque essa verdade intrínseca é

inacessível. Isso não significa que a construção da verdade no processo deva se limitar às propostas das partes. O juiz pode formar sua própria versão sem necessariamente optar por uma das narrativas conflitantes. É comum e permitido que o magistrado aceite parte das alegações do autor e parte da narrativa do réu, o que implica que a verdade do processo não precisa estar contida em uma só versão dos fatos, mas nunca deve se distanciar da verdade processual, a qual não pode ser dissociada da participação dialética das partes (Marinoni, 2020, p. 336).

A verdade é relativa e contextual tanto para a ciência quanto para o processo. Além de sua finalidade de promover a pacificação social e a resolução de conflitos, o processo também representa um método de investigação de problemas, por meio da participação contraditória das partes e da cooperação de todos os envolvidos. Essa cooperação tem como objetivo alcançar a verdade como base para uma *solução justa* do conflito em questão, sempre respeitando as limitações impostas pelo devido processo legal, como a proibição de provas ilícitas e a exigência de que o magistrado se restrinja às provas produzidas no processo. Essa abordagem ética deve orientar o comportamento dos sujeitos processuais, no qual a verdade desempenha o papel de bússola, guiando a atividade instrutória (Didier Jr; Braga; Oliveira, 2021).

1.4. A Legitimização da Decisão Judicial

A legitimidade dos membros do Poder Judiciário deriva da própria Constituição Federal: os juízes não atuam em nome próprio, mas sim em conformidade com o ordenamento jurídico. Ao aplicar a Constituição e as leis, os juízes estão fortalecendo a vontade da maioria (Thamay; Tesheimer, 2020). As soluções eficazes e racionais são amplamente adotadas pelos países democráticos. Assim como o processo deve se adequar ao seu objeto, as regras técnicas operacionais devem ser respeitadas para atingir os objetivos previstos pela Constituição. As regras e os princípios podem ter validade própria, independente do objeto, e isso é um aspecto da autonomia do direito processual (Giorgi Junior, 2017, p. 43).

A legitimidade das decisões judiciais é assegurada por meio de salvaguardas procedimentais conferidas às partes, destacando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o dever de fundamentação das decisões. A construção coletiva da decisão judicial, assegurada em um contexto institucional, e o direito de conhecer as bases nas quais as decisões foram fundamentadas dependem não apenas da atuação do Estado-Juiz, mas também da atuação do Ministério Público e, enfim, das partes e seus representantes legais (Cattoni de Oliveira, 2002).

No Estado Democrático de Direito, a autoridade não define o conteúdo e o sentido das normas jurídicas por si só. O uso da força pelos agentes públicos é autorizada e legitimada pela ordem jurídica. Consequentemente, a autoridade só é legitimada e ocupa tal posição ao fornecer razões para suas conclusões e decisões. Isso implica que tais razões não devem ser meramente formais, mas devem representar pretensões e expectativas de serem consensualmente aceitas pelos destinatários: o povo. Dessa forma, a legitimidade das decisões judiciais não é conferida pela investidura dos juízes, mas depende do respeito ao devido processo constitucional e uma fundamentação adequada (Theodoro Júnior; Nunes; Bahia, *et. a*, p. 342).

Deve-se compreender que o direito, por ser abstrato, depende dos fatos para se concretizar. É uma prática argumentativa que exige escolhas do intérprete. Isso resulta em uma maior necessidade de justificação judicial para legitimar a intervenção estatal na esfera jurídica das pessoas. O discurso justificativo se torna o elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais, e a justificação é racional se estiver de acordo com as premissas normativas e fáticas, além do nexo lógico entre elas (Motta, 2015, p. 211-212). Constatase que o dever de motivação das decisões judiciais é fundamental e caminha ao lado da legitimidade da atuação dos juízes. A adequada e completa fundamentação das decisões judiciais desempenha um papel importante na legitimação democrática (Welsch, 2016).

Ao investigar a legitimidade das decisões no Estado Democrático de Direito, é possível concluir que decisões baseadas exclusivamente nas inclinações cognitivas do juiz ou tomadas sem a participação de outros técnicos, não possuem legitimidade. Conclui-se, portanto, que as decisões judiciais são legítimas quando observam as garantias fundamentais da ampla

defesa, do contraditório, da isonomia, da fundamentação e da publicidade das decisões judiciais, da imparcialidade e da efetiva participação das partes no processo de tomada de decisão que afetará suas vidas. É o devido processo legal que conduz à legitimidade decisória (Soares; Jardim, 2020, p. 343).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, as decisões judiciais devem ser adequadamente motivadas e fundamentadas para se considerar legítimo o resultado conferido pelo órgão julgador ao processo. O magistrado, antes de proferir sua deliberação judicial, deve oportunizar às partes a utilização dos meios de prova de prova típicos (depoimento pessoal; confissão; exibição de documento ou coisa; prova documental; prova testemunhal; prova pericial, inspeção judicial) e atípicos (reconhecimento de pessoas e coisas, documentos psicografados, detectores de mentira, declarações escritas de testemunhas, informante confidencial, provas estatísticas, entre outras).

Após a produção da prova, é dever do juiz fundamentar e motivar adequadamente os critérios que o levaram a adotar àquela valoração probatória. Por exemplo, é possível que a prova testemunhal obtenha peso maior do que uma escritura pública, quando ficar comprovado que a fé pública do documento foi eivada de vício de consentimento grave que a tornou nula, como a incapacidade mental da parte.

A obtenção da verdade processual não é tarefa fácil, estando sujeita a erros, mormente porque a reconstrução completa dos acontecimentos não é possível e há certa margem de falibilidade. O que se busca é a obtenção de mecanismos para se conferir uma decisão judicial que seja mais próxima possível dos fatos controvertidos.

Portanto, o fio condutor da decisão judicial deve ser a persuasão racional do órgão judicial, critério estabelecido pela Constituição e reforçado pelo Código de Processo Civil de 2015, para se atingir a verdade processual com suporte nas provas produzidas e valoradas para a resolução do caso concreto. Ao se optar por uma prova em detrimento de outra, o julgador precisa motivar e apresentar a justificativa das razões da decisão. Não é válida a decisão se não for alicerçada na discussão democrática travada no curso do

processo. Além disso, o subjetivismo e o solipsismo judiciais não podem ser causa para se dar prioridade para uma prova em detrimento de outra. Isso porque a decisão de se optar pela prova oral X em detrimento da Y deve ser baseada em critérios racionais, detalhados no processo.

As provas servem ao julgador para melhorar a intensidade da força de legitimação da deliberação judicial. O magistrado não pode julgar conforme a sua consciência ou sem a devida valoração das provas: quando se opta por uma prova em detrimento de outra (por exemplo, confere peso maior para a testemunha da parte autora contra a da requerida), deve-se apresentar, obrigatoriamente, as razões da escolha, até para ser oportunizado o direito de recurso para o litigante que não concorda com a conclusão judicial, bem como a decisão se legitime socialmente, auxiliando na construção de precedentes judiciais que assegurem estabilidade, integridade e coerência na interpretação e aplicação dos princípios e das regras jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. **A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração.** Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 65, n° 208, p. 27-41, jan./mar. 2014. Disponível em:
<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7831/1/0208-DT-001.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ANDREASSA, João Victor Nardo. **Processo Civil Democrático: Código de Processo Civil de 2015 e o combate ao protagonismo judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância** in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (Coords.), Garantismo Processual. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Disponível em:
<https://www.badaroadvogados.com.br/download.php?f=979e3fe86f42437473633752fad1dd4f>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL, **Código de Processo Civil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL; Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

CAMBI, Eduardo *et al.* **Curso de Processo Civil completo.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. **Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do código de processo civil de 2015).** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. ano 13. v. 20. n. 2. maio a agosto de 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/41957/30275>. Acesso em: 02 fev. 2023.

CAMBI, Eduardo. **O direito à prova no processo civil.** Revista da Faculdade de Direito UFPR. v. 34. 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1836>. Acesso em: em: 02 fev. 2023.

CATTINI DE OLIVEIRA, Marcelo A. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIDIER JR. Fredie. **A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro.** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 157-173. maio/agosto. 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/revista_v20_n2_147.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** v. 2.16. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GIORGI JUNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição Constitucional e Código de Processo Civil,** 2017.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes; JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto Oliveira. **Standards probatórios no mandado de segurança – critérios para apreciação da verdade.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. ano 16. v. 23. n. 1. Jan/abril. 2022 Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/60529/40734>. Acesso em: 15 jan. 2023.

LÚCIO DE ALMEIDA, Cleber. **A legitimidade das decisões judiciais no estado democrático de direito.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3^a Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, p.19-25, jan./jun.2007. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73982/2007_a_lmeida_cleber_legiti_midade_decisoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 abr. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MATOS, Bárbara S. A. S. de; PACHECO, Nívia da Silva. **Sistemas de apreciação ou valoração da prova.** Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 57-72, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifenas.br/index.php/BIC/article/view/150>. Acesso em: 29 abr. 2023.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Adriano da Silva; MIRANDA, Jéssica Sério; GONÇALVES, Regiane Priscilla Monteiro. **O controle judicial da produção da prova à luz do princípio da imparcialidade.** Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Editora Unijuí – Ano XXIX – n. 53 – jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/9841>. Acesso em: 22 abr. 2023.

SILVA, Antônia Aldenir Carneiro Silva; MENDES, Túlio Max Freire Mendes. **A valoração racional da prova como mecanismo para a motivação analítica das decisões judiciais.** Revista Foco, v.16. n.2, e708, 2023. Disponível em: <https://focopublicacoes.com.br/foco/article/view/709>. Acesso em: 30 mar. 2023.

Soares, Igor Alves Norberto; JARDIM, Udair Jaques Alves. **A legitimidade da decisão judicial no estado democrático de direito: Óbices ao comportamento ativo do decisor.** VirtuaJus,Belo Horizonte, v.5, n.8,p.331-345, 1º sem. 2020-ISSN1678-3425. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/23927/17129>. Acesso em: 14 maio 2023.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017 a.

STRECK, Lenio. **O que é isto – o senso incomum?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017 b.

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. Revista dos Tribunais, 2014.

THAMAY, Rennan Faria K.; TESHEINER, José Maria R. **Novos Caminhos do Processo Contemporâneo.** São Paulo, SP: Expressa, 2021.

TARUFFO, Michele. **Verdade negociada?** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. v. 13, n. 13. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>. Acesso em: em: 10 abr. 2023.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo F.; et al. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização,** 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil /** Gisele Mazzoni Welsch. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção Liebman/ coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini).

Recebido em: 01/07/2024
Aceito em: 05/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11403



MATERNIDADE NO CÁRCERE: A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REALIDADE DAS DETENTAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

MOTHERHOOD IN PRISON: THE COLLISION BETWEEN THE PRINCIPLE THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE REALITY OF INMATES IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM

Júlia Araujo das Neves

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins
neves.julia@mail.uft.edu.br
<https://orcid.org/0009-0000-4741-4225>

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira

Doutor em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub.
Possui Mestrado em Direito - Constituição e Processo - pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca - UNIFRAN. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUC/GO. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Ética Profissional, Biodireito, Direito Ambiental, Direito Internacional e Direitos Humanos. Ministra aulas de graduação e de pós-graduação (lato e stricto sensu) e desenvolve atividades de pesquisa e extensão. Advogado.

paschoal@uft.edu.br

<https://orcid.org/0000-0002-3045-2097>

RESUMO: O presente trabalho tem como foco analisar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o ambiente em que as mulheres que vivenciam a maternidade atrás das grades estão inseridas, com o objetivo de identificar o que diverge dos textos legais. Para isso, partindo da hipótese de que as apenadas possuem particularidades que são constantemente negligenciadas, a pesquisa buscou investigar em que condições vivem as mulheres gestantes e as que estão passando pelo período puerperal dentro do sistema prisional brasileiro, destacando a incompatibilidade entre as condições em que vivem daquilo que é assegurado pelo ordenamento jurídico, verificando que muito pouco do que é garantido em lei é de fato colocado em prática. Nesse sentido, busca-se contribuir para o debate público e acadêmico sobre a temática, promovendo uma reflexão sobre as questões de gênero e a eficácia das políticas públicas existentes no que se refere à proteção dos direitos das mulheres encarceradas e de seus filhos. Assim, utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica qualitativa, sendo desenvolvida por meio de consulta bibliográfica e documental mediante análise de artigos científicos, livros, relatórios de instituições oficiais e legislações brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana; Gênero; Maternidade; Mulheres encarceradas; Sistema prisional.

ABSTRACT: This work focuses on analyzing, in light of the principle of human dignity, the environment in which women who experience motherhood behind bars are inserted, with the aim of identifying what differs from legal texts. To achieve this, based on the hypothesis that prisoners have particularities that are constantly neglected, the research sought to investigate the conditions under which pregnant women live and those who are going through the puerperal period within the Brazilian prison system, highlighting the incompatibility between the conditions in which live from what is guaranteed by the legal system, noting that very little of what is guaranteed by law is actually put into practice. In this sense, the aim is to contribute to the public and academic debate on the topic, promoting reflection on gender issues and the effectiveness of existing public policies regarding the protection of the rights of incarcerated women and their children. Thus, qualitative bibliographic research methodology was used, being developed through bibliographic and documentary consultation through analysis of scientific articles, books, reports from official institutions and Brazilian legislation.

KEYWORDS: Dignity of human person; Gender; Incarcerated women; Maternity; Prison system.

Como citar: NEVES, Júlia Araujo das; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro. Maternidade no cárcere: a colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a realidade das detentas no sistema penitenciário brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 149-166, 2025.

INTRODUÇÃO

O crescimento vertiginoso da população prisional e a superlotação dos presídios vêm colocando em foco o debate acerca do sistema penitenciário brasileiro. Ocorre que, majoritariamente, tais discussões giram em torno das dificuldades enfrentadas nas prisões masculinas, frequentemente deixando de lado os dramas suportados pelas mulheres apenadas, que convivem diariamente com o abandono e o descaso governamental, uma vez que os estabelecimentos onde estão inseridas – em sua maioria – foram criados e pensados por homens e para homens (Cerneka, 2009). De forma que, em diversas situações, falham em atender às necessidades específicas das mulheres encarceradas.

Nesse contexto, além das adversidades características à vida em cárcere e das inúmeras violações ao princípio da dignidade da pessoa humana vividas pelos reclusos, é inquestionável que a prisão é uma inconveniência ainda maior para as mulheres, especialmente para aquelas que vivem o momento da gravidez e do parto na prisão, ocasião que por si só - mesmo em mulheres livres - tem o potencial de ser desafiadora e, em alguns casos, até mesmo traumática. Assim, o aprisionamento feminino traz consigo o debate acerca das características inerentes ao gênero, sobretudo, a mais controversa delas: ser mãe em privação de liberdade.

Dessa forma, partindo da premissa de que as mulheres não encontram um espaço seguro e adequado dentro do sistema penitenciário, vivendo, em sua maioria, em locais que não abarcam suas diferenças de gênero e, diante das reiteradas violações de direitos as quais são expostas, torna-se fácil utilizar-se da desculpa de que antes de serem mulheres, são criminosas e por isso devem ser tratadas de igual forma (Queiroz, 2015). No entanto, a plena igualdade e os princípios de justiça só serão verdadeiramente alcançados quando tratarmos os indivíduos de maneira equitativa, na medida da desigualdade de cada um (D’Oliveira, 2015).

Desta maneira, a escolha da temática se justifica pela extrema relevância tanto no âmbito social, quanto no âmbito jurídico, uma vez que ao deixar de lado as especificidades inerentes ao gênero, retroalimenta ciclos constantes de violação de direitos as apenadas, punindo-as duplamente - a

primeira na esfera penal e a segunda, unicamente por serem mulheres - tirando-lhes um dos direitos fundamentais para o ser humano: a sua dignidade.

Logo, faz-se premente o debate no meio acadêmico, produzindo estudos e investigações acerca do tema, demonstrando as mazelas vividas por esta parte da sociedade, em busca de contribuir para as discussões sociais, de forma que as políticas públicas existentes sejam executadas, a fim de reverter as inúmeras violações de direitos sofridas pelas mulheres privadas de liberdade.

Assim, a pesquisa partiu do seguinte problema: "Como a realidade do sistema prisional brasileiro difere dos direitos assegurados às mulheres encarceradas, especialmente aquelas que estão passando pela maternidade, configurando, na realidade, uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana?"

Nesta seara, esta pesquisa busca abordar a experiência feminina no cárcere, fazendo um recorte específico sobre como as mulheres gestantes, mães e seus filhos são afetados pelas dinâmicas prisionais. Assim, utilizou-se do método dedutivo, com abordagem qualitativa, de natureza básica. Para isso, foi desenvolvida por meio de consulta bibliográfica e documental mediante análise de artigos científicos, livros, relatórios de instituições oficiais e legislações brasileiras.

O presente trabalho está estruturado em quatro seções, além da introdução e das considerações finais. A primeira seção tem como objetivo contextualizar o aprisionamento feminino no Brasil, com uma abordagem histórica de sua implantação no país, além de trazer um panorama geral do sistema carcerário nos tempos atuais. A segunda seção discutirá a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, buscando analisar o tratamento dado à mulher encarcerada à luz deste princípio. A terceira seção busca examinar quais são os direitos assegurados à mulher presa para garantir um convívio digno com seus filhos. Por fim, a quarta seção demonstrará como, por vezes, estas mulheres são punidas duplamente ao ingressarem nos presídios brasileiros.

1. O APRISIONAMENTO FEMININO NO BRASIL

A vinculação da mulher com o crime tem sido uma área pouco explorada nas discussões sobre o sistema prisional, consequentemente, há uma precariedade de informações sobre o encarceramento feminino, demonstrando um campo de pesquisa ainda pouco explorado e suscetível a violações de direitos (Cejil, 2007). Essa lacuna bibliográfica, aliada à construção histórica de presídios pensados apenas para os homens, destaca uma falha significativa no sistema penal, que tem abordado o cárcere feminino de maneira lenta e insuficiente.

Desta forma, por acreditar que o embasamento histórico acerca do aprisionamento feminino constitui fator de extrema relevância para compreender o cenário de constante vulnerabilidade ao qual estas mulheres se encontram nos tempos atuais, este capítulo pretende apresentar, de forma sucinta, como surgiram os primeiros presídios para mulheres no Brasil, bem como dados relevantes sobre a atual situação do sistema penitenciário feminino no país.

1.1 Breve histórico dos primeiros presídios femininos no país

Com o crescente aumento da população feminina encarcerada é possível notar que os mais variados ambientes foram utilizados para este fim, desde antigos conventos, até mesmo prisões destinadas anteriormente à homens, de modo que torna-se quase impossível encontrar um presídio feminino no país que tenha sido construído desde o princípio para tal uso (Cernenka, 2009).

Andrade (2011), em sua dissertação apresentada à Universidade de São Paulo, esclarece que durante o período colonial no Brasil as mulheres eram detidas juntamente com os homens, raramente tendo espaços exclusivos destinados a elas. Assim, era comum observar um cenário do mais completo descaso, onde os relatos de abusos sexuais, doenças e problemas com a guarda da prisão - que geralmente era composta por homens - eram constantes.

Nas últimas décadas do século XIX e no início do século XX o sistema carcerário feminino começou a ser alvo de discussão, tendo sido até mesmo feito tentativas de criação de um estabelecimento exclusivo para as mulheres no ano de 1921, que seria administrado pelas senhoras da sociedade carioca e das Irmãs da Congregação de Nossa Senhora do Bom Pastor d' Angers, o que não logrou frutos durante muito tempo (Andrade, 2011).

Dessa forma, os primeiros contornos para a instalação de instituições penitenciárias exclusivas para mulheres iniciou-se apenas entre as décadas de 30 e 40. Tendo sido somente no ano de 1937 a construção do primeiro presídio feminino do país, sediado em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul (Ronchi, 2017).

No entanto, enquanto nos homens estimulavam o valor do trabalho, as prisões femininas tinham como objetivo a “[...] recuperação e preservação da moral, da feminilidade e do treinamento de tarefas ditas como femininas, para preparar estas mulheres para o retorno ao lar” (Curcio e Faceira, 2018, p. 4), pois acreditavam que esta seria a única forma de ressocialização cabível para as infratoras.

Para Erika Patrícia de Oliveira (2008, p.27):

[...] ao ser criada a Penitenciária de Mulheres, surgiu a preocupação em definir normas pedagógicas que transformassem as “meretrizes, vagabundas e perniciosas” em mulheres dóceis, obedientes às regras da prisão, educadas, convertidas em caridosas beatas, voltadas às prendas domésticas, aos cuidados com os filhos, à sexualidade educada para a procriação e a satisfação do marido.

Deste modo, a idealização das primeiras penitenciárias femininas no país buscava a moralização destas mulheres, moldando-as para que se encaixassem em padrões socialmente aceitos, para que ao retornarem ao convívio social, voltassem aptas a serem esposas dóceis e submissas, bem como mães atenciosas. Assim, elas não eram vistas como criminosas de fato, e sim como um projeto moralizante, sem autonomia e liberdade individual, demonstrando assim, a mentalidade patriarcal da época e perpetuando preconceitos de gênero que perpassam até os dias atuais.

1.2 Estatísticas sobre o encarceramento feminino no Brasil

Embora haja uma escassez de dados oficiais fornecidos pelo Governo a respeito do perfil da mulher encarcerada, é possível traçar um panorama básico desta parcela fragilizada da sociedade por meio de análise dos estudos publicados até o momento.

Segundo dados divulgados pelo *World Female Imprisonment List* no ano de 2022, o Brasil agora detém a terceira maior população carcerária feminina do mundo, com pouco mais de 40 mil reclusas por todo o território nacional, este dado significa que em pouco mais de duas décadas o número de detentas no país mais do que triplicou. Sendo que, em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a população de mulheres privadas de liberdade apresentou um aumento de 656%, ao passo que no mesmo período a população prisional masculina cresceu 293% (Depen, 2018).

Este fato, por si só, já representa a urgência para que o tema seja debatido, entretanto, para além do crescimento exponencial do número de presidiárias, as mulheres em situação de cárcere ainda precisam enfrentar suas particularidades sendo negligenciadas e seus direitos sendo ignorados pelo Estado.

Apesar dos dispositivos legais assegurarem condições adequadas para as mães apenadas, contando com seções exclusivas para gestantes e parturientes nas unidades prisionais, bem como direito à amamentação e acesso a atendimento médico de qualidade durante o período gestacional, a realidade vivida por elas diverge daquilo que é proposto na teoria.

Conforme dados colhidos no ano de 2016 e divulgados em 2018 no “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOOPEN Mulheres”, pelo Departamento Penitenciário Nacional, apenas 55 unidades prisionais em todo o país declararam apresentar espaços propícios para atender de forma adequada o período da gestação. Além disso, este mesmo estudo revelou que durante esse período o sistema prisional brasileiro contava somente com 28 médicos ginecologistas para atender toda a população carcerária feminina do país, sendo impossível acolher a todas as demandas a tempo.

A pesquisa permitiu ainda delinear o perfil da mulher encarcerada, onde pode-se afirmar que 50% da população prisional feminina é formada por

jovens, consideradas entre 18 a 29 anos, sendo que 62% é composta por mulheres negras e 66% ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Desses, 74% declararam possuir filhos e 62% delas foram condenadas ou aguardam julgamento pelos crimes relacionados ao tráfico de drogas, sendo que a maioria delas ocupam papéis secundários no mundo do crime, com poucas assumindo funções de liderança no tráfico (Ronchi, 2017).

2 O TRATAMENTO DADO À MULHER ENCARCERADA SOB O ENFOQUE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

"Não há mulher tão oprimida como a mulher marginal. Não há ser humano tão ferido em sua dignidade, tão carente de amor próprio quanto a mulher marginal." (Lemgruber, 1983, p. 86).

Para que possa haver uma discussão acerca do conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e as experiências vividas pelas apenadas no sistema carcerário brasileiro é preciso, de início, que se conceitue o que vem a ser tal fundamento.

Presente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Alexandre de Moraes (2023, p.18):

[...] é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Por ser um valor inerente a qualquer indivíduo, não pode ser feita distinção por qualquer motivo que seja, de maneira que todos merecem igual respeito e consideração, independentemente de gênero e do cometimento de delitos ou não. Assim, “é por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular.” (Barroso, 2010, p.22).

Por este motivo, o Direito Penal e o Direito Processual Penal devem “amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de direito”. (Nucci, 2020, p.97- 98).

E é nesta seara que o Código Penal, no seu art. 37, a partir de alteração feita pela Lei nº 7.209, de 1984, e o Código de Processo Penal, no seu art. 766, em 1941, começam a dar os primeiros contornos legais a garantia de direitos a mulheres apenadas no país, dispondo que estas deveriam cumprir sua pena em estabelecimentos exclusivos, observando suas especificidades. No ano de 2009, a Lei de Execução Penal garantiu também no seu art. 89, sessões especiais nas penitenciárias para as gestantes e parturientes, com auxílio de creche para abrigar as crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, de forma que elas não fiquem desamparadas enquanto suas responsáveis estiverem presas.

Com o debate acerca da valorização dos direitos humanos aumentando de forma progressiva, a criação de tratados internacionais que assegurem o respeito à dignidade da pessoa humana ganhou destaque. Com foco para as Regras de Bangkok, adotadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2010, tendo sido o Brasil um dos países signatários, este documento versa, principalmente, sobre a possibilidade de penas alternativas à restrição de liberdade para as mulheres infratoras gestantes e/ou com filhos dependentes. Em sua regra 64 dispõe que:

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado (CNJ, 2016, p.37).

No entanto, os presídios brasileiros abrigam um número preocupante de mães, onde 74% das presas no país declararam possuir filhos e, até o ano de 2016, 536 gestantes e 350 lactantes viviam encarceradas no Brasil. (Depen, 2018). Em uma sociedade onde 35% das famílias brasileiras são chefiadas exclusivamente por mulheres (Ipea, 2010), este dado torna-se alarmante ao se considerar as repercussões que isso traria para a vida das crianças e adolescentes afetadas.

E é neste cenário que estas mulheres se tornam obrigadas a deixar de cumprir seu papel no seio familiar como progenitora, uma vez que para a coletividade, a mulher criminosa, ao escolher se envolver no mundo do crime, decidiu juntamente pelo abandono dos seus filhos, não podendo ser mais considerada digna de exercitar seu papel de mãe (Zucolotto, 2021).

Vítimas de abandono familiar e estatal, as aprisionadas carecem do básico para uma estadia digna no encarceramento. Com uma infraestrutura totalmente precária, não é incomum se deparar com vazamentos, infiltrações e problemas sérios de ventilação nas dependências dos presídios. Além disso, as presas comumente dividem suas celas com insetos, baratas e ratos (Queiroz, 2015).

A vida nesses ambientes insalubres por si só, gera uma intensa sensação de desamparo para estas mulheres, mas vivenciar a gestação nessas condições é um transtorno ainda maior. Nesse sentido, Ronchi (2017, p.10) disserta:

Se problemas já são recorrentes em todo o sistema penitenciário feminino, problemas muito maiores são enfrentados pelas mulheres que, além de terem que suportar os ônus de um sistema penitenciário precário e insalubre, têm que viver nesse ambiente durante a gravidez, o nascimento e os primeiros meses de seus filhos, além de ter que suportar o momento em que são obrigadas a se distanciar dos infantes e as consequências desse distanciamento.

Assim, se torna claro que a maternidade vivenciada dentro desta realidade retroalimenta um cenário de violações constantes ao princípio da dignidade da pessoa humana, punindo não somente a mãe, como também seus filhos, sendo estes vítimas do desmazelo estatal desde a gestação, como se o crime cometido por suas genitoras justificasse puni-los com um sistema segregador (Zucolotto, 2021).

3. O DIREITO DA MULHER ENCARCERADA AO CONVÍVIO DIGNO COM OS FILHOS

No âmbito internacional, um dos principais garantidores de condições dignas às mulheres encarceradas foram as Regras de Bangkok, já citadas no Capítulo anterior.

Elas propõem que seja feita uma abordagem que considere as diferenças de gênero no contexto do aprisionamento feminino, tanto em relação à execução penal quanto à priorização de medidas que evitem a entrada de mulheres no sistema prisional sempre que for possível, principalmente ao envolver a maternidade (CNJ, 2016).

Nesse sentido, buscaram assegurar que a experiência da maternidade seja levada de forma segura, tanto para mãe, quanto para a criança. Para isso, é garantido que no momento do ingresso da mulher na prisão ela possa tomar as providências necessárias em relação a sua prole, podendo até suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, sempre considerando o melhor para a criança. Além disso, o documento ressalta a importância da amamentação e da convivência entre mãe e filho durante a infância, ao recomendar que as presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos e que o momento da separação entre ambos deverá ser conduzido com delicadeza, sempre fundado no melhor interesse da criança e que, uma vez separados, deverão ser oferecidas às detentas o máximo de oportunidades para encontrarem-se com suas crianças (CNJ, 2016).

Adentrando a esfera nacional, a Carta Magna em seu art. 5º, prevê que a pena deverá ser cumprida em locais separados, observando a natureza do delito, a idade e as questões de gênero, sendo vedado o cumprimento de penas cruéis. Além disso, serão asseguradas às presas condições viáveis para que permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação (Brasil, 1988).

A separação por gênero dos estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade está prevista também na Lei de Execução Penal, que traz no art. 82, § 1º, que a mulher deverá ser recolhida em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. Além disso, a LEP garante ainda em seus arts. 83, § 2º e 89, que a penitenciária de mulheres deverá conter seções especiais para atender as gestantes e parturientes, além de contar com berçários para que a presa possa amamentar seus filhos, até no mínimo os 6 (seis) primeiros meses de vida e creches para abrigar as crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, de forma que as crianças não fiquem desamparadas enquanto sua responsável estiver detida.

Apesar de todas estas garantidas, até o ano de 2016, apenas 7% das unidades prisionais eram destinadas ao público feminino e outros 16% eram caracterizados como mistos, o que significa que foram destinadas alas específicas para o aprisionamento de mulheres em um ambiente projetado originalmente para abrigar homens. Nesta seara, o total de unidades femininas ou mistas que declararam possuir berçário e/ou centro de referência materno-infantil é apenas de 14%, enquanto apenas 3% destas contam com espaço creche. (Depen, 2018).

Outro ponto que merece destaque, é o art. 318, nos incisos IV e V, do Código de Processo Penal que prevê a possibilidade de substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar nos casos de mulheres gestantes ou que possuam filhos de até doze anos.

Destaca-se aqui, no entanto, que 45% das mulheres presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas (Depen, 2018). Nesta seara, o ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a falha do Estado em lidar com as crianças que são filhos de mulheres presas, afirmando que tal circunstância acarreta em um prejuízo ao desenvolvimento adequado destas, concedendo assim, a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para diversas mães em situação de cárcere com filhos de até 12 (doze) anos. Para ele:

Em suma, quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram. (Brasil, 2018, p. 29-30).

Portanto, embora hajam dispositivos legais que assegurem garantias de um ambiente adequado para o convívio entre as detentas e seus filhos, bem como a salvaguarda de que não serão obrigadas a deixar de conviverem com eles, o que se nota é que não há uma aplicação eficiente destas leis, como resultado, as mães encarceradas enfrentam não apenas as dificuldades inerentes ao cumprimento da pena, mas também o descaso do Estado para cumprir com a letra da lei, punindo-as novamente, como veremos a seguir.

4. A DUPLA PUNIÇÃO ENFRENTADA PELAS MULHERES NO CÁRCERE

"Por tudo isso, nos presídios, não há espaço para sonhos, ideais, muito menos para maternidade. Livres, as mulheres podem gerar vidas; presas, elas procriam desilusões." (Seixas, 2016, n.p)

Em um contexto de frequentes violações aos direitos das apenadas, a maternidade dentro do ambiente carcerário se revela como um peso ainda maior para estas mulheres que injustamente enfrentam uma dupla penalização. A primeira pela perda de sua liberdade e a segunda, por se verem afastadas bruscamente do convívio com seus filhos, sendo privadas do contato materno.

Nesse sentido, entende-se que a mulher delituosa desrespeita a ordem em dois aspectos, inicialmente a ordem da sociedade, ou seja, não agiu conforme preceitua os ordenamentos jurídicos do país e a segunda e mais grave, seria a ordem familiar, uma vez que ao delinquir ela abandona o papel ao qual lhe foi destinado - de mãe e de esposa (Lemgruber, 1983).

Isso ocorre, pois em uma sociedade construída com uma base essencialmente patriarcal e conservadora, a mulher já nasce com papéis bem definidos dentro do seio social: ser uma boa filha, boa esposa e o mais importante, uma boa mãe.

Dessa forma, Lemgruber (1983, p. 83 - 86), traz depoimentos de presas do Instituto Penal Talavera Bruce, na cidade de Bangu, no Rio de Janeiro no ano de 1978, que demonstram as mazelas vividas por estas mulheres invisíveis perante a sociedade:

Meu problema maior são minhas filhas que estão num colégio da FUNABEM. Eles não trazem elas pra me visitar e o juiz não me dá ordem de ir lá. Isso me revolta porque a lei me prendeu mas não me tirou o direito de ser mãe. (Lemgruber, 1983, p. 83).

Estou aqui há cinco anos e quando me prenderam meu marido disse a meus filhos que morri. (Lemgruber, 1983, p. 84).

Para a mulher, ser marginal nunca será uma arte, será sempre uma desonra. O próprio malandro vai recriminá-la por estar presa, largando os filhos a sua própria sorte. Ele, o homem, pode. Seja malandro, operário, estudante, o homem sempre pode afastar-se dos filhos se assim o exigir sua ocupação. A mulher nunca. Essa exigência que conflitua todas as mulheres, atinge mais ainda aquelas que não podem orgulhar-se de seu meio de vida, mesmo que o façam para sustento dos filhos. (Lemgruber, 1983, p.86).

Embora as privações que passam os homens e as mulheres no sistema carcerário sejam por vezes iguais, por meio das declarações citadas acima observa-se que para as mulheres este momento se revela ainda mais penoso, uma vez que precisam enfrentar não só os obstáculos inerentes ao encarceramento, mas também precisam lidar com o peso do preconceito e do estigma associado ao gênero, vindo não só daqueles que deveriam garantir seus direitos, mas também muitas vezes da sua própria família.

Neste sentido, em meio a mácula deixada pela prisão, essas mães precisam enfrentar ainda o desafio de manter uma relação de afeto e vínculo materno com suas proles enquanto permanecem presas. Isto porque em diversos casos o responsável pela criança fora da prisão não permite que ela conviva neste ambiente ou, por vezes, nem ao menos consegue levá-la para as visitas devido a dificuldade de acesso aos presídios em algumas cidades.

Em seu livro “Presos que menstruam”, Nana Queiroz (2016, p. 12) aborda o relato de diversas mães encarceradas, que demonstram como a separação dos seus filhos muitas vezes criam um afastamento irreversível:

Depois de quase seis anos, era a primeira vez que Safira podia fazer o café da manhã dos dois filhos — um de seus desejos imediatos na sua primeira saída do presídio no regime semiaberto. Colocou os copos na mesa, sorridente. Um dos meninos olhou aquilo com estranheza. — Mas você não sabe, mãe, que a gente não toma café, só toma Toddy?

A frase caiu sobre ela com o peso dos anos perdidos. Em sete anos de prisão, chegara a ficar três sem vê-los. Perdeu o primeiro dia de aula, a primeira vez que andaram de bicicleta. O mais velho, de 13 anos, já tinha até uma namorada. “Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida. Além de eu ter que me adaptar às coisas que eu perdi todo esse período que estive presa, eu tenho que aprender a conhecer os MEUS filhos”, pensou.

Assim, o local em que supostamente deveria reabilitar para o convívio social aqueles que delinquem, acaba por ser um meio de transgressões de direitos e uma forma de perpetuar os traumas dessas mulheres e de seus filhos, prendendo-os em um constante ciclo de marginalização, onde a pena perpassa a pessoa presa, atingindo também toda a sua unidade familiar, revelando as falhas do sistema penal brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objetivo central analisar o ambiente em que as mulheres que vivenciam a maternidade atrás das grades estão inseridas, com o intuito de identificar o que diverge dos textos legais. Ao longo da análise, constatou-se que mesmo diante de legislações e de tratados internacionais ao qual o Brasil é signatário, as apenadas vivem em condições completamente incompatíveis com aquilo que é assegurado pelo ordenamento jurídico, verificando que muito pouco do que é garantido em lei é de fato colocado em prática.

Nesse sentido, observou-se que no decorrer da história, a perspectiva feminina no contexto prisional sempre foi levada em baixa estima ao se propor políticas públicas de melhorias aos apenados, com isso, as mulheres em privação de liberdade precisam lidar com a negligência estatal quanto às suas particularidades, enfrentando condições de vulnerabilidade e constante violações de direitos.

Em seguida, ao buscar informações oficiais sobre o aprisionamento feminino no país, notou-se uma escassez de dados voltados para a temática, sendo mais comum estudos direcionados para o encarceramento dos homens. No entanto, a partir dos dados coletados, foi possível notar uma série de desafios adicionais enfrentados pelas mulheres no cárcere, como a separação de seus filhos, a falta de acesso a cuidados de saúde adequados, condições precárias de higiene e de segurança, além da estrutura deficitária dos presídios, que em grande maioria não conseguem atender de forma adequada a mulher durante a gestação, sendo poucas as instituições que declararam possuir condições de abrigarem as crianças que estão alojadas juntas às suas mães de forma a proporcionar um desenvolvimento propício.

Esta precariedade nos estabelecimentos faz com que o exercício da maternidade não se desenvolva de forma saudável, nem para a mãe, nem para os filhos. Tais condições contribuem para a perpetuação de um cenário de violações constantes ao princípio da dignidade da pessoa humana, impactando não apenas as mulheres individualmente, mas também sua unidade familiar.

Desta forma, o local em que supostamente deveria ter uma função reeducadora, a fim de reabilitar para o convívio social aqueles que delinquem, acaba por ser um meio de perpetuação de violências e traumas. Prendendo estas mulheres em um ciclo constante de dupla penalização, uma vez que precisam enfrentar não só os obstáculos inerentes ao encarceramento, mas também precisam lidar com o peso do preconceito e do estigma associado ao gênero.

Portanto, embora a questão de gênero dentro do ambiente carcerário, principalmente no que diz respeito às mães aprisionadas, venha aos poucos ganhando espaço para debate no mundo acadêmico, é necessário que, para além disso, seja desenvolvida uma nova perspectiva em relação ao sistema penitenciário feminino, em um esforço conjunto com o Governo e a sociedade civil, buscando desconstruir o estigma associado a mulher delinquente.

Ademais, é imprescindível a adoção de medidas concretas pelo Estado para garantir a aplicação das leis existentes, criando assim, um sistema penal justo que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana, empregando políticas públicas que visem a reintegração das detentas na sociedade, de forma que ao reverem sua liberdade, elas possam encontrar meios que as mantenham longe do crime, garantindo um futuro digno para seus filhos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus:** o surgimento dos presídios femininos no Brasil (1930-1950). Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/pt-br.php>. Acesso em: 26 de abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 26 de out. de 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 de out. 2023.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 de out. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out 2023.

BRASIL. Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.html. Acesso em: 22 out 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 08 de mai. 2024.

CEJIL, Centro pela justiça e pela justiça internacional et al. Relatório sobre as mulheres encarceradas no Brasil. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>. Acesso em: 26 de abr. 2024.

CERNEKA, Heidi Ann. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11. janeiro - junho de 2009.

CNJ. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília, 2016.

CURCIO, Fernanda Santos; FACEIRA, Lobelia da Silva. As memórias das prisões para mulheres: um retrato da realidade carcerária feminina do estado do Rio de Janeiro. **Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social**. Vitória, ES, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22416>. Acesso em: 30 de abr. 2024.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. Breve análise do princípio da isonomia. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**. v.1, n.1, Brasília, DF, 2010. Disponível em:

<https://periodicos.processus.com.br/index.php/egif/article/view/13>. Acesso em: 23 de abril de 2024.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOOPEN Mulheres. 2. ed. Brasília: MJSP, 2018. Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em: 19 de set. de 2023.

FAIR, Helen; WALMSLEY Roy. **World female imprisonment list**. Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners. 5th. ed. Institute for Crime & Justice Policy Research, 2022. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf. Acesso em: 19 de set. de 2023.

IPEA. Instituto de pesquisa economia aplicada. Comunicados do IPEA. PNAD 2009. **Primeiras análises**: investigando a chefia feminina de família. Novembro, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101111_comunicadoipea65.pdf. Acesso em: 26 de out. 2023

LEMGUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. Barueri, SP: Atlas, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Erika Patrícia Teixeira de. **Mulheres em conflito com a lei: representações sociais, identidades de gênero e letramento**. 145f. 2008. Dissertação de Mestrado (Letras). Universidade Estadual de Maringá. Maringá, 2008. Disponível em: <http://repositorio.uem.br:8080/jspui/bitstream/1/4163/1/000170549.pdf>. Acesso em 29 de abr. de 2024.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

RONCHI, Isabela Zanette. **A maternidade e o cárcere**: uma análise de seus aspectos fundamentais. Orientador: Vitor Antonio Guazzelli Peruchin. 2017. 26 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais). Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/isabela_ronchi_20172.pdf. Acesso em: 26 de out. 2023.

SEIXAS, Taysa Matos. Os filhos da outra: a mulher e a gravidez no cárcere. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em:
<https://emporiododireito.com.br/leitura/os-filhos-da-outra-a-mulher-e-a-gravidez-no-carcere>. Acesso em: 26 de out. 2023.

ZUCOLOTTO, Camila Ferreira. As violações ao princípio da dignidade humana das mulheres encarceradas e suas crianças no Brasil. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**. v.6, n.1, dez. Franca, São Paulo, 2021. Disponível em:
<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/992>. Acesso em: 26 de out. de 2023.

Recebido em: 01/08/2024
Aceito em: 05/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11486



LINGUAGEM JURÍDICA COMO DESAFIO PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

LEGAL LANGUAGE AS A CHALLENGE FOR EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE

Mateus Magalhães da Silva

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (PGEDU-UEMS). Pós-graduado em Direito (lato sensu). Pós-Graduando em Direitos Humanos (lato sensu). Graduado em Direito pela UEMS. Advogado OAB-MS 30.150.

magalhaesmateus3@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2653-4361>

RESUMO: Historicamente, o direito ao acesso à justiça era restrito apenas para determinadas classes sociais em sociedade. Em 1965, nos países ocidentais, começou-se a discussão sobre a necessidade desse acesso para todas as pessoas, independentemente de classes sociais. Isso é resultado de três movimentos para isso acontecer. No entanto, ainda há muito para se avançar, como, na questão da linguagem jurídica para leigos. O objetivo desta pesquisa era de realizar um estudo da linguagem enquanto entrave ao acesso à justiça por meio de teóricos e dados empíricos. Se cidadãos não podem alegar desconhecimento da lei, como terão acesso se não entendem o que está descrito na “letra” da lei? Duas etapas foram necessárias para chegar-se aos resultados. A primeira se deu com a adoção da metodologia de revisão bibliográfica sobre o tema na rede mundial de computadores em: teses; dissertações; monografias; livros; artigos e periódicos. Na segunda, houve criação de um questionário para coleta de respostas das pessoas que emitem as mensagens jurídicas (profissionais do Direito) e de quem recebe (autor e/ou réu) em processos judiciais. É possível entender, por meio da discussão de dados empíricos com teóricos na segunda seção deste trabalho, que é preciso avançar mais a luta pelo efetivo acesso à justiça. Alguns dados mostram-se promissores para a garantia do acesso. Espera-se que estudos posteriores, especialmente aqueles aplicados de mestrado e/ou doutorado, possam se interessar por esta temática com um maior número de participantes a nível nacional ou regional. Sabe-se que existe um movimento dentro do Poder judiciário na promoção da linguagem simples, mas ainda não é suficiente, a exemplo dos dados apresentados na seção três deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; Cidadania; Constituição; Linguagem jurídica.

ABSTRACT: Historically, the right to access to justice was restricted only to certain social classes in society. In 1965, Western countries began to discuss the need for access to justice for all people, regardless of social class. This is the result of three movements to make this access happen. However, there is still a lot of progress to be made, such as on the issue of legal language for laypeople. The aim of this research was to carry out a study of language as an obstacle to access to justice using theoretical and empirical data. If citizens can't claim ignorance of the law, how can they access it if they don't understand what is described in the "letter" of the law? Two stages were necessary to arrive at the results. The first was to adopt the methodology of a bibliographical review on the subject on the World Wide Web in: theses; dissertations; monographs; books; articles and periodicals. The second was the creation of a questionnaire to collect responses from people who send legal messages (legal professionals) and those who receive them (plaintiffs and/or defendants) in legal proceedings. It is possible to understand, through the discussion of empirical data with theorists in the second section of this work, that more progress needs to be made in the fight for effective access to justice. Some data shows promise for guaranteeing access. It is hoped that further studies, especially those at master's and/or doctoral level, will be interested in this subject with a greater number of participants at national or regional level. It is known that there is a movement within the judiciary to promote plain language, but it is still not enough, as shown by the data presented in section three of this paper.

KEYWORDS: Access to justice; Citizenship; Constitution; Legal language.

Como citar: SILVA, Mateus Magalhães da. Linguagem jurídica como desafio para o efetivo acesso à justiça. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 167-201, 2025.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o direito ao acesso à justiça era restrito apenas para determinadas classes sociais em sociedade. Em 1965, nos países ocidentais, começou-se a discussão sobre a necessidade desse acesso para todas as pessoas, independentemente das questões de: classes sociais; econômicas; e culturais. Pelo menos três movimentos para esse acesso aconteceram, como: o de assistência judiciária para cidadãos de forma individual; a representação em interesses difusos e coletivos; e o enfoque de acesso à justiça. Neste, estão vários assuntos que podem impedir o efetivo acesso, como, por exemplo, a linguagem jurídica para leigos e processos judiciais eletrônicos sem auxílio de profissionais do Direito. A primeira seção deste artigo objetiva discutir brevemente esses movimentos e uma parte da pesquisa realizada por Cappelletti e Garth (1988) no livro “Acesso à Justiça”. Utilizou-se o método de revisão bibliográfica para fichamento e compreensão desse material posteriormente. Foi uma das bases teóricas deste artigo empírico.

As estatísticas do gráfico primeiro ao nono da seção dois se referem a uma pesquisa com quinze assistidos da Defensoria Pública Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, na Comarca e cidade de Paranaíba, realizada em 2022. Utilizou-se a metodologia quantitativa e qualitativa para saber se os assistidos entendem as mensagens emitidas pelos profissionais do Direito.

O questionário foi elaborado tendo como base as discussões das referências bibliográficas, como Marinho (2021), a fim de responder o problema de pesquisa, qual seja: “se os cidadãos não podem alegar desconhecimento da lei (art. 3º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), como terão acesso se não entendem o que está descrito na “letra” da lei?”. Não se abordou o desconhecimento da lei, que embora não possa ser alegado, é um fato, mas sim o foco na linguagem utilizada nos meios jurídicos como um “dialeto” próprio que pode ser capaz de excluí-los silenciosamente. A finalidade era saber se o que os autores teóricos falam acontece no sistema de justiça brasileiro ainda em 2022.

Após respostas obtidas das perguntas elaboradas previamente do referido público-alvo, passou-se para a etapa de entabulamento dos dados no

Microsoft Excel, a fim de tratamento dos dados. Posteriormente, foram criadas as estatísticas, como podem ser apreciadas na seção dois deste artigo.

Essa pesquisa foi crucial para fundamentar este trabalho, uma vez que fichar e analisar a inquietação citada neste trabalho não foi suficiente. Visto que o problema de pesquisa supramencionado, uma vez identificado precisou de uma resposta consistente e prática da realidade local. A autora Piana (2009) alerta que essa forma de pesquisa exige um encontro mais direto com o público-alvo do tema. Logo, precisou-se ir ao espaço onde ocorre o fenômeno, a fim de coletar informações que se pretendia para responder o problema de pesquisa. Dessa maneira foi procedida, como veremos a seguir.

As estatísticas do dez ao dezessete na seção três se referem a uma pesquisa feita com quinze profissionais do Direito da Comarca e cidade de Paranaíba, realizada também em 2022. Também foi utilizada a metodologia quantitativa e qualitativa para saber a periodicidade da repetição de letra de leis no dia a dia forense. Após obter-se respostas das perguntas elaboradas previamente do referido público-alvo, passou-se para a etapa de entabulamento dos dados no *Microsoft Excel*, a fim de tratamento dos dados. Posteriormente, foram criadas as estatísticas, como podem ser apreciadas a seguir. O questionário para os profissionais do Direito também foi elaborado tendo como base as discussões das referências bibliográficas, como o Bittar (2009), a fim de responder o problema de pesquisa supramencionado na seção três deste trabalho.

Optou-se por pesquisar junto aos profissionais do Direito (juízes, promotores de justiça, advogados liberais e defensores públicos), pois são eles que atuam diretamente com partes de processos judiciais (autores e réus), testemunhas etc. Assim, a finalidade era saber se usam a linguagem jurídica rebuscada no dia a dia forense com as pessoas que são leigas na seara jurídica, como é tratado teoricamente pelos autores, como Marinho (2021).

Este artigo está estruturado em três seções. Na primeira, há breves relatos históricos iniciais acerca da obra “Acesso à justiça” com a finalidade de o(a) leitor(a) entender o enredo da história desse acesso. Já na segunda, faz-se certa reflexão com base na pesquisa empírica com assistidos (autores e/ou réus) da Defensoria e teóricos. Na terceira, há exposição das respostas de profissionais do Direito e relação com teóricos para discussão sólida sobre

linguagem jurídica e acesso à justiça. Ao final, são apresentadas as considerações com a oportunidade de refletir com base nos dados e autores trabalhados neste artigo, e as referências utilizadas para a elaboração deste artigo.

1. BREVES MOVIMENTOS HISTÓRICOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

No início de 1965, nos países ocidentais, estudiosos de acesso à justiça, como os abaixo referenciados, conseguiram classificar este fenômeno em três movimentos básicos que surgiram de forma cronológica, com o fim de solução no efetivo acesso à justiça. O primeiro movimento (onda ou posição) foi a assistência judiciária, pois nem todo indivíduo conseguia ter acesso ao Poder judiciário quando se deparava com um conflito social. O segundo movimento estava disposto a realizar reformas com a finalidade de garantir a representação jurídica aos interesses difusos da sociedade, como, por exemplo, na proteção ao meio ambiente e do consumidor. Por fim, o terceiro, é o chamado “enfoque de acesso à justiça”, o qual inclui os dois primeiros. No entanto, objetiva ir além de assistência judiciária e a garantia de acesso aos direitos difusos, pois percebeu-se que as barreiras ao efetivo acesso à justiça são múltiplos e complexos, como, um deles percebido aqui é a questão da linguagem jurídica. No entanto, é preciso evidenciar esse problema neste trabalho de modo articulado e compreensivo, a fim apontá-lo como prejudicial socialmente para toda a sociedade, não só para os pobres (Cappelletti; Garth, 1988).

Com o passar do tempo percebeu-se que não necessariamente ter acesso ao Poder judiciário haveria efetivo acesso à justiça, pois sem o auxílio integral de um advogado em todos os procedimentos comunicacionais num processo judicial, é impossível entender as leis que são complexas, principalmente os iniciais, como: para ajuizar uma ação judicial. Assim, o direito ao acesso no Poder judiciário para aqueles insuficientes de recursos foi garantido, no entanto, esse não é o único problema existente nessa área, pois mesmo com esse acesso, a linguagem jurídica nas leis e muitas decisões judiciais atrapalham o entendimento daqueles que realmente deveriam

entender: os cidadãos. E, o Estado, não tem adotado nenhuma atitude positiva para resolver esse problema (Cappelletti; Garth, 1988).

Diante das dificuldades para o efetivo acesso à justiça por causa da linguagem jurídica, uma pesquisa de campo inglesa constatou que 11% das pessoas entrevistadas relataram que jamais iriam a um advogado por conta da desconfiança. Isso aconteceu, principalmente, com a classe pobre. Essa constatação mostra claramente o motivo de litígios formais não serem tão atraentes por essa classe. Tendo em vista que são encontrados pelos cidadãos na área jurídica procedimentos complexos, formalismo exacerbado, ambientais intimidadores para as pessoas simples. É o caso, por exemplo, em muitos tribunais, com juízes e advogados que podem se portar como figuras opressoras. Tudo isso coopera para que o cidadão que deseja resolver um conflito social, se sinta totalmente perdido num mundo estranho a sua vida cotidiana, como se aquele espaço não fosse seu também (Cappelletti; Garth, 1988).

Uma outra pesquisa realizada acerca de barreiras ao acesso à justiça percebeu que os entraves criados nos sistemas jurídicos acontecem mais para cidadãos pobres autores de ações individuais que apresentam um certo perfil dado como “tradicional”, que são ações de: divórcios; ações de alimentos; ações de guarda e tutela de menores etc. Já as vantagens estão para grupos de litigantes organizacionais que usam o sistema judicial em busca de interesses vistos como não tradicionais. Logo, dificilmente cidadãos pobres procurariam advogados ou defensoria pública, a fim de processar uma pessoa jurídica por conta de sua fábrica estar poluindo a atmosfera com excesso de fumaça, pois esse direito se caracteriza como um direito não tradicional (Cappelletti; Garth, 1988).

No livro intitulado “Acesso à justiça” os autores abaixo referenciados buscavam emitir um relatório, com o fim de identificar os entraves ao acesso à justiça e, para isso, buscaram alternativas para a solução. Muitos foram solucionados desde 1988, mas uma delas que não foi ainda, é a situação problema deste trabalho, que é a linguagem jurídica. Não é cabível em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB) uma linguagem que prejudica o entendimento dos direitos e deveres da população brasileira, pois esta, sendo dona do poder,

aceita, legitima e respeita, mesmo sem entender, as leis que são aprovadas por meio de seus representantes eleitos (Cappelletti; Garth, 1988).

Com o início do Estado de bem-estar-social (*Welfare State*), a partir da Revolução Francesa, os direitos materiais começaram a ser evidenciados com a segunda dimensão do direito, ao as pessoas entenderem que embora pessoas sejam iguais perante a lei, fisicamente há diferenças. No entanto, ainda hoje é encontrado alguns desafios. Esforços foram criados com a finalidade de edição de leis para ter uma melhor igualdade material, como: i) cidadãos contra os governos; ii) os consumidores contra os comerciantes; iii) os locatários contra os locadores; e iv) os operários contra os patrões. Mas, o interesse econômico por parte de qualquer indivíduo, seja autor ou réu em processos judiciais, é pequeno de acontecer, pois seria preciso engajamento e vontade política, a fim de mobilizar cidadãos para que exijam o que são de direito (Cappelletti; Garth, 1988).

No campo dos entraves ao acesso à justiça existem várias questões relacionadas entre si e, isso não pode ser desconsiderado, pois ao criar uma forma de romper com uma das barreiras ao acesso, pode surgir outra ou outras. Ao tentar solucionar, eliminando a exigência de um advogado em muitos procedimentos judiciais, pode acarretar a dificuldade de autor ou réu apresentar seus casos e/ou teses por conta do não entendimento da estrutura e linguagem jurídica existentes, por exemplo (Cappelletti; Garth, 1988).

A linguagem especial de cada área acaba se tornando um problema social, pois é inacessível para os leigos, principalmente na área jurídica que tem o fim de servir a população brasileira. É preciso reconhecer esse entrave ao efetivo acesso à justiça para torná-la simples. Caso o legislador crie as leis respeitando regras gramaticais do Acordo Ortográfico (Decreto n. 6.583, de 2008), mas desde que seja compreensível, será acessível às pessoas comuns e não ficará restrito o conhecimento jurídico apenas aos profissionais do Direito. O surgimento em muitos países ocidentais de enfoque ao efetivo acesso à justiça é um fundamento para que o Brasil acate e defenda mudanças no sistema jurídico, a fim de atender aquelas pessoas, principalmente, que não tiveram a oportunidade de conhecer seus direitos e reivindicá-los (Cappelletti; Garth, 1988).

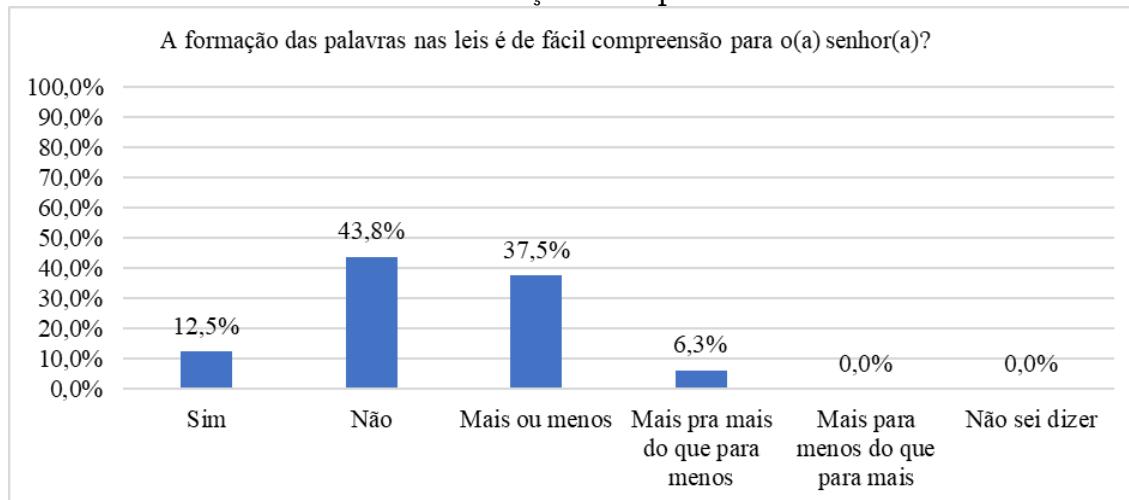
Sabe-se que o propósito de uma simplificação na linguagem jurídica, não é tornar o sistema de justiça pobre, mas atender com acessibilidade toda a população brasileira, inclusive aqueles que necessitam mais do sistema judiciário a fim de igualdade material. Portanto, é preciso muito empenho nesse sentido para que efetivamente os direitos e deveres de pessoas comuns se tornem por meio de leis e pronunciamentos jurídicos acessíveis a quem realmente se destina (Cappelletti; Garth, 1988).

2. PESQUISA COM ASSISTIDOS DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL DE PARANÁIBA

As Defensorias Públicas, em especial, a de Mato Grosso do Sul, representa pessoas que precisam ter acesso à justiça e que não têm condições econômicas o suficiente para arcar com um advogado particular (Gráfico 1, 2022). Para isso, é preciso que estejam de acordo com alguns requisitos exigidos, os quais são: renda mensal individual de até três vírgula cinco salários-mínimos em comarcas de entrâncias especiais; três salários-mínimos nas comarcas de segundas entrâncias; e dois vírgula cinco salários-mínimos nas comarcas de primeiras entrâncias (Oliveira *et al.*, 2019).

Optou-se por pesquisar junto aos assistidos da Defensoria por causa do critério de renda para ser atendido, bem como a escolaridade de cada assistido, pois esses dois requisitos podem prejudicar mais ainda o entendimento sobre o Direito por meio da linguagem e estrutura jurídica, como comentado pelos autores, como Gnerre (1991).

Como o presente trabalho pretende se desenvolver acerca da problemática da linguagem e estrutura jurídica, buscou-se em um primeiro momento saber se os assistidos (autores e réus) entendem a formação das palavras nas leis e, se é de fácil compreensão por eles. De acordo com as respostas, 43,8% afirmaram que a formação das leis é complicada para que elas sejam entendidas, pois os assistidos acabam se perdendo quando existem algumas palavras que não são usuais no português “correto” e, por conta disso, ficam “perdidos” e com vergonha de tirar dúvidas com um profissional do Direito (Gráfico 1, 2022).

Gráfico 1: A formação das palavras nas leis


Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Por outro lado, 12,5% dos assistidos afirmaram que ainda que exista alguma palavra que não é usual em seu cotidiano na lei, procura saber o significado na rede mundial de computadores, ou vai até um defensor público a fim de tradução para um melhor entendimento. Muitas das vezes, percebe que são palavras em latim, mas que com uma pesquisa ou orientação, consegue a tradução, exceto se o texto da lei tiver muitas palavras difíceis, o que demandaria uma tradução de defensor/advogado (Gráfico 1, 2022).

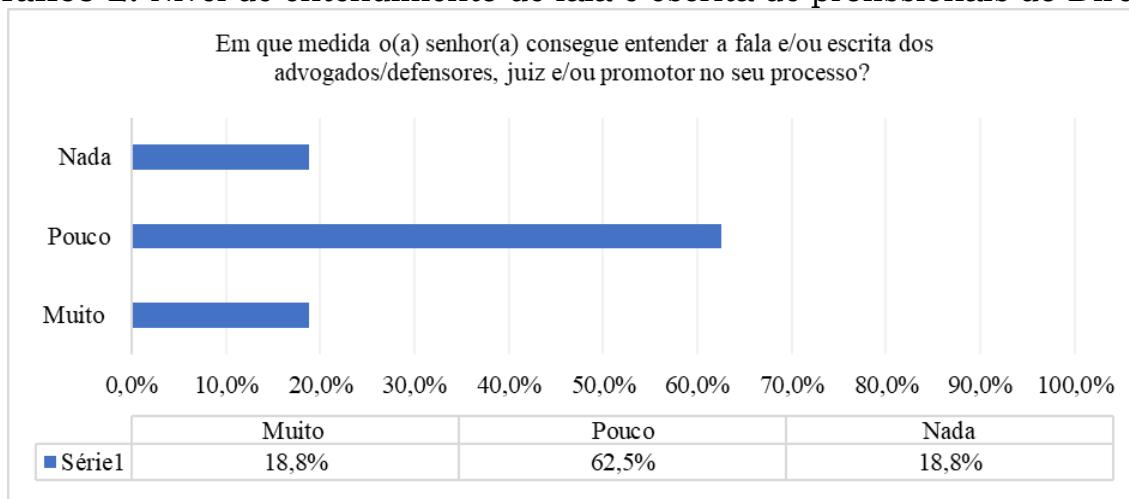
Por fim, 37,5% afirmam que a formação das palavras nas leis são “mais ou menos” em nível de compreensão. Enquanto 6,3% disseram que é “mais para mais do que para menos” o nível de entendimento das leis por causa da forma que elas são formadas com palavras difíceis e não usuais pela população de Paranaíba. Os assistidos que informaram “mais ou menos” ou “mais para mais do que para menos”, 37,5% e 6,5%, respectivamente, tinham uma certa insegurança no momento da pesquisa, pois devido a maioria ter um grau de escolaridade baixa, sequer conseguiam ler as leis, precisam sempre ir à Defensoria Pública para que o defensor resuma a respeito do andamento de seu processo (Gráfico 1, 2022).

A pergunta “Em que medida o(a) senhor(a) consegue entender a fala e/ou escrita dos advogados/defensores, juiz e/ou promotor no seu processo?” decorreu da fundamentação teórica de Araujo Junior (2018) a seguir (Gráfico 2, 2022).

Os assistidos pela Defensoria Pública responderam essa pergunta, numa escala entre muito, pouco ou nada. 62,5% deles afirmaram entender

“pouco” do que os profissionais do Direito falam ou escrevem em autos processuais judiciais, enquanto 18,8% entenderam “muito” ou “nada” das palavras na comunicação emitidas pelos profissionais do Direito em Paranaíba (Gráfico 2, 2022).

Gráfico 2: Nível de entendimento de fala e escrita de profissionais do Direito



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

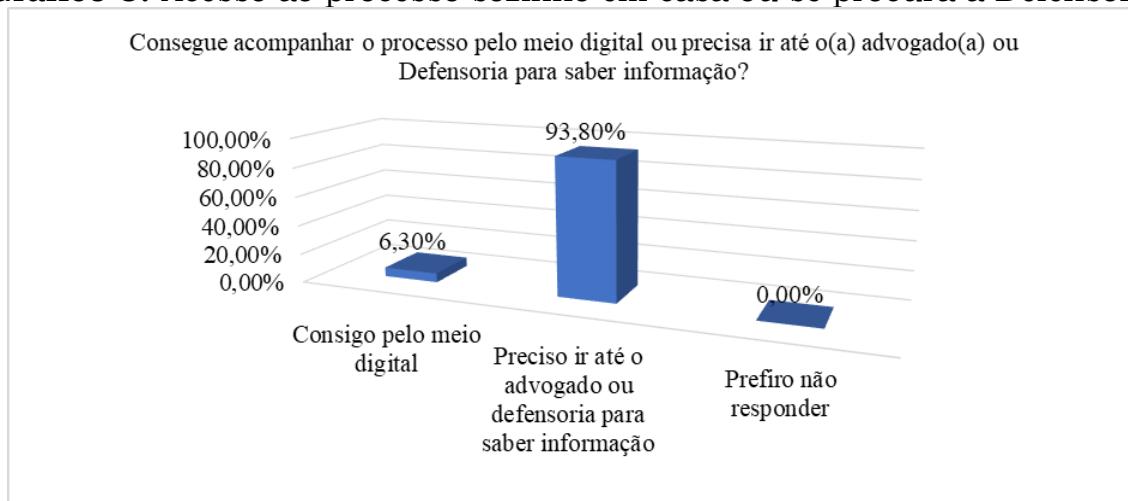
Ao fazer uma relação ao que já foi dito anteriormente com o gráfico dois (2022), percebe-se que a assistência jurídica integral e gratuita é garantida para o cidadão que comprova insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CRFB). Direito este do primeiro movimento de países ocidentais a partir de 1965 (Cappelletti; Garth, 1988). Todavia, superado isso, o grande problema apresentado por meio desta pesquisa realizada, é do terceiro movimento chamado de enfoque de acesso à justiça, pois ao final das audiências em que não rara as vezes o cliente pergunta ao advogado: “i) o que aconteceu? ou ii) mas quem ganhou?”. Assim, essas dúvidas de autor e/ou réu é um problema em decorrência da linguagem jurídica que se percebe muito na prática (Araujo Junior, 2018).

No dia a dia forense, é fácil se deparar em audiências com o uso de palavras em latim, uma língua considerada morta no século XXI, mas que impressiona muitos profissionais do Direito desde a graduação, tais como: *de cuius* e *espólio*. Essas palavras ocasionam para os interessados, autor e/ou réu, um impedimento na efetiva comunicação. É o caso que ocorreu numa audiência de instrução e julgamento na vara criminal quando o promotor de justiça fez o requerimento de “execução”. Ao usar essa palavra, a mãe do

acusado ficou assustada imaginando que seu filho seria morto e, imediatamente se ajoelhou e começou a chorar diante daquela audiência (Miranda, 2015).

A pergunta dirigida aos assistidos “Consegue acompanhar o processo pelo meio digital ou precisa ir até o(a) advogado(a) ou Defensoria para saber informação?” se refere as problematizações retiradas de trabalhos acadêmicos tanto teóricos como de pesquisas já realizadas em outros espaços geográficos. A pergunta tinha por necessidade saber dos assistidos se eles conseguem acessar o processo que fazem parte com senha própria disponibilizada pelo Poder judiciário. Caso a resposta fosse positiva, se conseguem entender o que os profissionais do Direito que fazem parte do processo escrevem. E, se o conjunto de palavras são acessíveis para o entendimento do assistido que é autor ou réu em autos de processo (Gráfico 3, 2022).

Gráfico 3: Acesso ao processo sozinho em casa ou se procura à Defensoria



Fonte: elaborador pelo autor (2022).

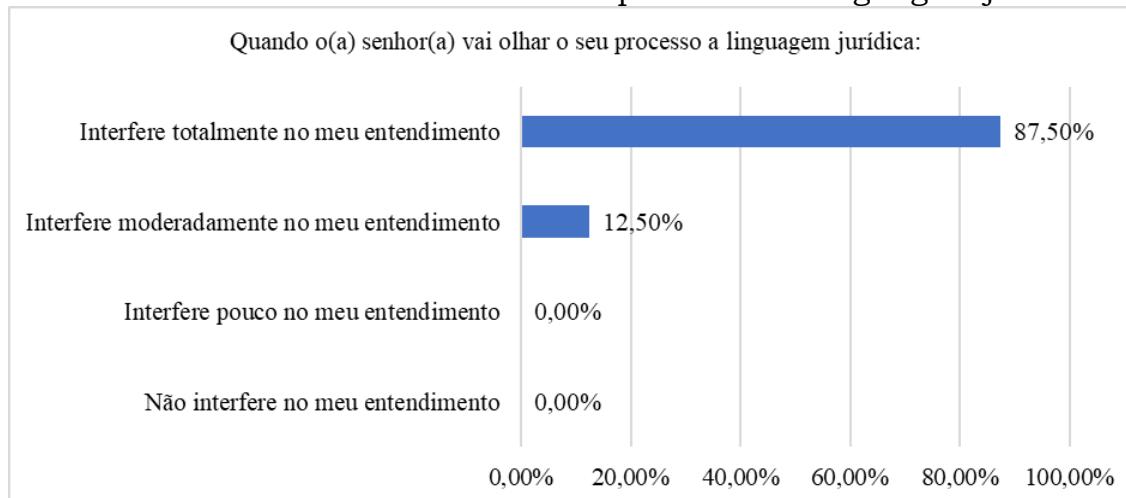
A partir dessas respostas do gráfico três é possível entender que a linguagem jurídica impede o entendimento de autor e/ou réu em processos judiciais. Dos quinze assistidos, 93,80% afirmaram que não conseguem entender sozinhos em casa as palavras jurídicas, portanto, precisam ir até à Defensoria Pública para que o defensor traduza o que tem sido dito pelos profissionais do Direito no processo nos quais fazem parte. Por outro lado, 6,30% dos assistidos relataram conseguir entender pelo meio digital, com a senha disponibilizada pelo Poder judiciário (Gráfico 3, 2022).

Ainda que o Poder judiciário dê a senha ao autor e/ou réu e outras pessoas que fazem parte do processo a fim de saber o andamento, a linguagem jurídica em si impede o efetivo acesso à justiça (Gráfico 3, 2022).

Em regra, para que o cidadão comum exerça seu direito de acesso ao Poder judiciário, é preciso ser representado por um advogado ou defensor público, por determinação legal. A comunicação se dá entre o defensor que apresenta o caso concreto, juiz que diz o direito e, promotor de justiça, quando necessário. Todos têm formação jurídica e conhecem o código especial da área. Entretanto, as partes (autor e/ou réu) merecem ter oportunidade de entender o que tem acontecido nos autos do processo sem precisar ir à Defensoria Pública para obter de defensor público tradução do que está sendo pedido pela parte contrária, teses de argumentação e motivação de decisão de juiz (Araujo Junior, 2018).

A sensação dos 93,80% dos assistidos que disseram que precisam ir até ao advogado ou defensoria pública para saber informação de seu processo se assemelha um pouco ao caso a seguir. Uma cidadã de 50 anos de idade que era parte de um processo judicial de divórcio que durou cerca de oito anos. Ao longo desse período passou por situações constrangedoras, pois não conseguia entender sozinha muitas palavras jurídicas que estavam nos autos do processo que fazia parte. E, quando procurava o advogado que a representava se negava a tirar todas as dúvidas existentes (Bulhões, 2006).

No momento da pergunta “Quando o(a) senhor(a) vai olhar o seu processo a linguagem jurídica:”, os assistidos podiam responder uma das quatro alternativas apresentadas, as quais eram: 1. Interfere totalmente no meu entendimento; 2. Interfere moderadamente no meu entendimento; 3. Interfere pouco no meu entendimento; e 4. Não interfere no meu entendimento. Todas com fundamento em autores apresentados, como Marinho (2021). De todos os assistidos, 87,50% afirmaram que a linguagem jurídica interfere totalmente no entendimento no momento de visualizar o processo que é parte. Enquanto, 12,50% deles relataram que a linguagem jurídica interfere moderadamente no entendimento no momento que vai olhar o processo que é autor ou réu (Gráfico 4, 2022).

Gráfico 4: Entrave no entendimento por meio da linguagem jurídica.

Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Esses dados da pesquisa em Paranaíba reafirmam o que autores aqui trabalhados afirmam como um entrave ao efetivo acesso à justiça. Logo, é urgente atitudes do Estado (a nível nacional, regional e local) e todos os profissionais do Direito para que a mensagem seja simplificada ao proferir uma decisão ou pronunciamento judicial, ainda que haja transcrição parcial do texto da lei. Diante dessas pesquisas, observa-se que a mensagem jurídica se destina a diversos tipos de pessoas e, para que possam entender é necessário que seja simplificada (Marinho, 2021).

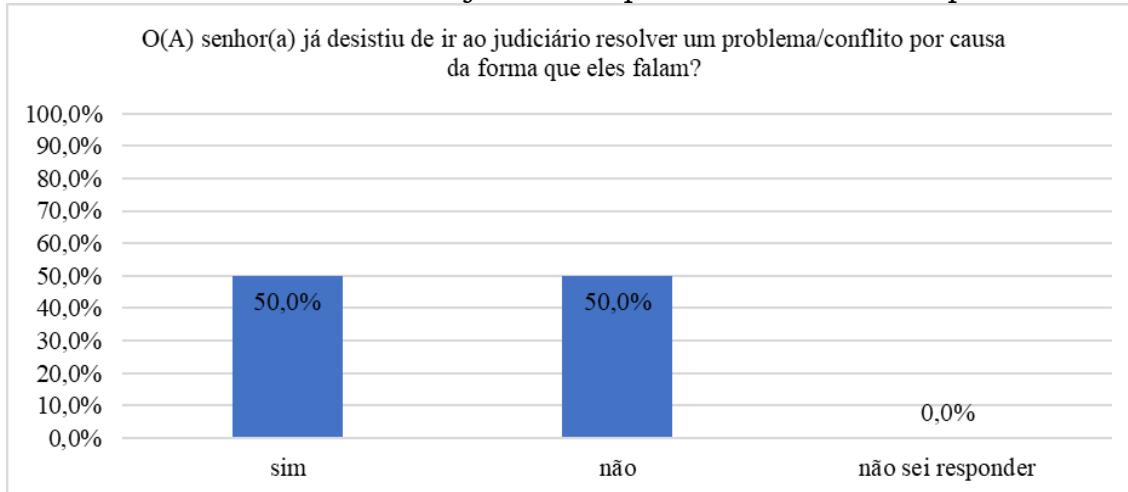
O uso de linguagem jurídica inacessível para a população ocorre há décadas. Em uma breve análise de dois julgados com um intervalo temporal de seis décadas, 1949-2012, a linguagem jurídica não mudou nada. De lá para cá, a curiosidade de autor ou réu em saber o que está acontecendo no seu processo é natural e, como visto, 87,50% dos assistidos na Defensoria Pública em Paranaíba que pegaram a senha no cartório para ler o processo tiveram dificuldade de entender em razão da linguagem jurídica, bocardos desnecessários e uso de palavras em latim que só atrapalham na leitura de um texto jurídico. Logo, a finalidade de simplificar a linguagem jurídica é urgente, principalmente pelo motivo de que a maioria dos assistidos foram identificados com nível educacional baixíssimo e, só procuravam à Defensoria devido ser muito necessário, pois tratava-se, em sua maioria, de pensão alimentícia ou divórcio (Araujo Junior, 2018).

A ideia da simplificação da linguagem jurídica é torná-la acessível a toda população. Se é um fato que ninguém pode alegar desconhecimento das

leis, com ressalvas legais, também é verdade que para isso, é preciso que o Estado tome providências a fim de que toda a população consiga entender o que está descrito nas leis. Portanto, a linguagem jurídica atual não coopera para que a esta que é dona das leis as entendam (Bittar, 2009).

No momento em que foi perguntado (Gráfico 5, 2022) “O(A) senhor(a) já desistiu de ir ao judiciário resolver um problema/conflito por causa da forma que eles falam?”, a finalidade era entender se os assistidos conseguiam ter percepção de que a linguagem jurídica acaba sendo um impedimento para o efetivo exercício de seus direitos junto ao Poder judiciário, quando se deparam com conflitos sociais e que precisam de que o Estado solucione, pois, em regra, justiça com as próprias mãos não é mais permitido no Brasil (Bulhões, 2006).

Gráfico 5: Desistência de ir ao judiciário por causa da forma que eles falam.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Os resultados dessa questão se apresentam divididos, pois 50,0% dos assistidos afirmaram que já desistiram por causa da demora e do ambiente que é muito “formal” e difere da realidade de cada um que respondeu, assim, se torna um lugar intimidador. Enquanto, a outra metade, 50,0% deles disseram que nunca desistiram, pois eram direitos que precisavam muito que o Poder judiciário garantisse, como, direito à alimentos, divisão de matrimônio e guarda de crianças e adolescentes. Logo, ainda que com os desafios para entender as decisões judiciais nos autos dos processos, procurava sempre à Defensoria Pública com cada manifestação nos autos para saber se foi concedido o direito requerido (Gráfico 5, 2022).

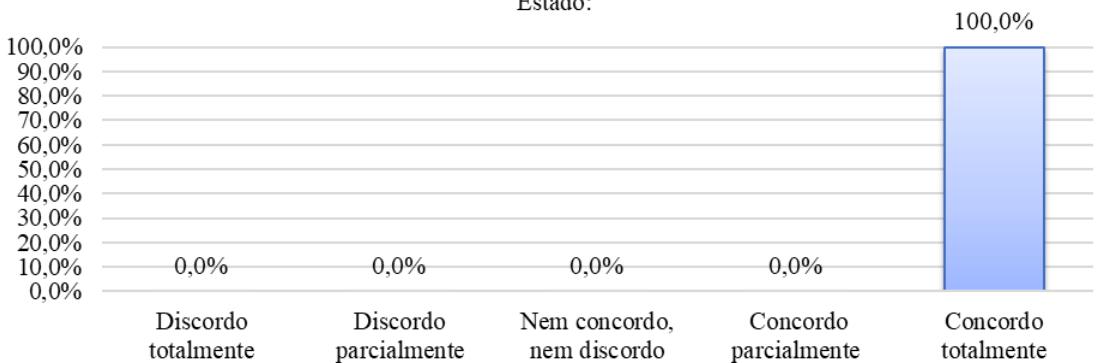
Os resultados apontam que é preciso deixar de lado a tradição do vocabulário jurídico conservador e incomum, pois causa um ruído comunicacional para o leigo (autor e/ou réu) que faz parte de processos judiciais (Garapon, 1999). Pode gerar, como observado no gráfico cinco, afastamento entre judiciário e a população. Visto que são muitos termos jurídicos que não fazem sentido para o cidadão comum que se depara com a linguagem jurídica, pois a imagem que vem na cabeça dele não é a mesma do profissional do Direito (Saussure, 2006). É impossível o cidadão entender de imediato numa comunicação em autos judiciais ou audiência termos que poderiam ser facilmente substituídos, como: *de cuius* para se referir o falecido e, *inter vivos*, para dizer entre vivos, a título de exemplos (Bulhões, 2006).

Na prática forense o uso de palavras que são rebuscadas, decorativos e inúteis no processo comunicativo jurídico pode prejudicar o efetivo entendimento de autor ou réu que não conhece o linguajar. Percebe-se que o uso da linguagem jurídica proporciona para a sociedade um abismo. Com possibilidade de ocasionar um afastamento da sociedade com instâncias do Estado, sendo que deveria este manter efetivos canais de comunicação com a população para o enfoque ao efetivo acesso à justiça (Bulhões, 2006).

Outra questão que foi fundamentada de acordo com autores, como Damião e Henriques (2000), foi a seguinte afirmação: “A linguagem jurídica usa muitas palavras próprias do Direito, como: *in dubio pro reo*, “o processo subiu”, *de cuius*, entre outras. Esses termos dificultam o entendimento de muitas pessoas, prejudicando a comunicação entre cidadão(ã) e Estado.” Diante dessa afirmação, eles poderiam escolher uma das cinco alternativas, as quais são: 1) Discordo totalmente; 2) Discordo parcialmente; 3) Nem concordo, nem discordo; 4) Concordo parcialmente; e 5) Concordo totalmente. Dos quinze assistidos, 100,0% concordaram totalmente com o enunciado afirmativo, pois não conseguem entender o que essas palavras não usuais no cotidiano deles servem num processo comunicacional que se discute direitos que são de toda a coletividade. Quase todos afirmaram, ao ser traduzido “*de cuius*” para “o morto”, que seria bem melhor, pois parece que usam palavras de outra língua com intenção da população não entender seus próprios direitos (Gráfico 6, 2022).

Gráfico 6: A linguagem técnica do Direito dificulta o entendimento de cidadão.

A linguagem jurídica usa muitas palavras próprias do Direito, como: “*in dubio pro reo*”, “o processo subiu”, “*de cuius*”, entre outras. Esses termos dificultam o entendimento de muitas pessoas, prejudicando a comunicação entre cidadão(ã) e Estado:

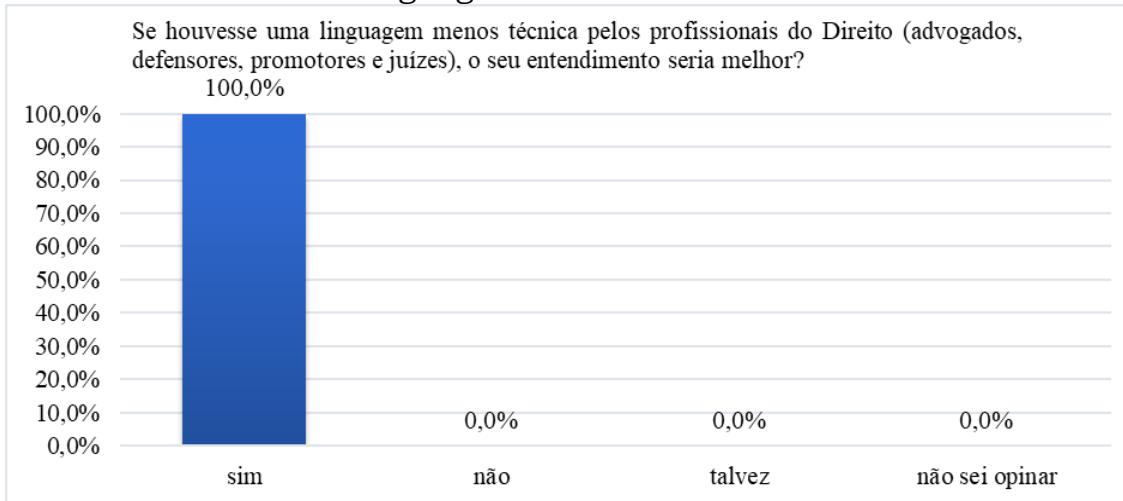


Fonte: elaborado pelo autor (2022).

As respostas do gráfico seis vai ao encontro com a obra de Damião e Henriques (2000), pois afirmam que passou muitos anos desde 1827 que se criou os primeiros cursos jurídicos no Brasil, mas o vocabulário jurídico continuou o mesmo, muito bem selecionado com palavras jurídicas complexas e adequado aos rituais da prática jurídica. Se fosse selecionar as palavras mais usadas pelos profissionais do Direito, seriam, dentre outras: outrossim; estribar; militar (verbo); supedâneo; incontinenti; dessarte; destarte; tutela; arguir; e nesse ínterim. É uma profissão que desde os bancos da universidade/faculdade aprendem que devem prezar por uma escrita boa. Muito bem polida, escorreita e castigada no aspecto gramatical.

Foi perguntado para os quinze assistidos pela Defensoria como eles acham que seria melhor a comunicação dos profissionais do Direito com eles (autores e/ou réus). Assim, perguntou-se “Se houvesse uma linguagem menos técnica por partes dos profissionais do direito (advogado, defensores, promotores e juízes), o seu entendimento seria melhor?”. As respostas poderiam ser: i) sim; ii) não; iii) talvez; ou iv) não sei opinar. Estatisticamente, 100,0% dos assistidos responderam “sim”, pois se houvesse uma linguagem menos técnica com autor e/ou réu a comunicação seria bem mais efetiva (Gráfico 7, 2022).

Gráfico 7: Linguagem menos técnica com cidadão.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Os dados do gráfico sete vem a confirmar de forma precisa o que autores teóricos, como Miranda (2015), dizem acontecer na prática jurídica com a população brasileira, aqui, em especial, com os assistidos de Paranaíba com essa brevíssima amostra de dados. Visto que a linguagem jurídica tem a sua função primordialmente social na sociedade para solucionar conflitos. Logo, não pode continuar sendo segregadora ao usar linguagem difícil para que o cidadão comum não entenda e não consiga ter conhecimento de seus direitos. O conhecimento acessível sobre direitos é mais importante num Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB) do que o velho uso prescritivo da linguagem jurídica. É evidente que o direito acaba sendo um meio de exercício de poder criando barreiras para o mais importante: conhecimento de direitos a toda população, a fim de uma cultura de cidadania reivindicatória (Miranda, 2015).

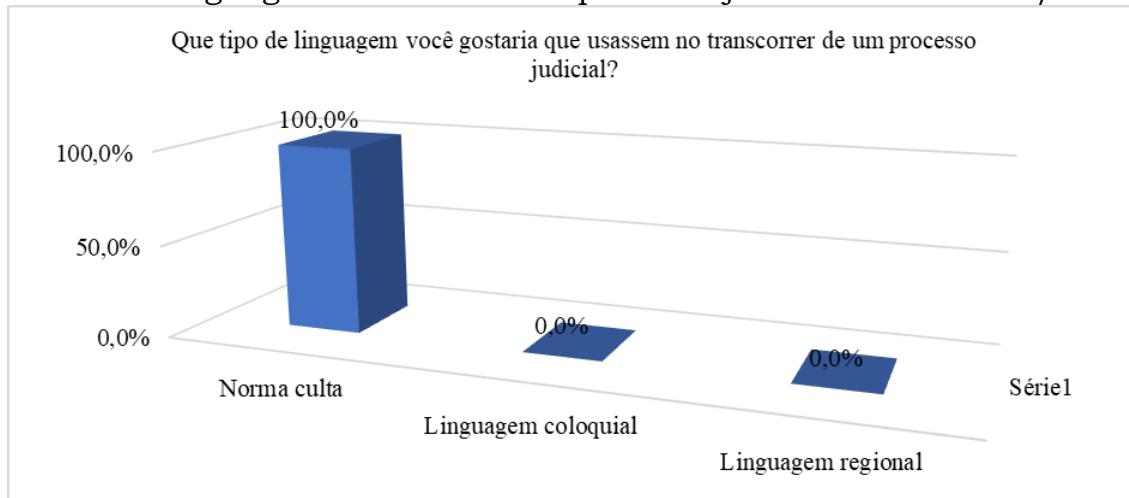
Para relacionar essa discussão (Gráfico 7, 2022), com o que é discutido teoricamente, percebe-se que a maioria dos profissionais do Direito escrevem assuntos sobre o direito. Tanto na prática forense como na elaboração de doutrinas. Elaboram seus textos com a mesma linguagem jurídica das leis ou até mais complexo para entender. Logo, a linguagem de teorias doutrinárias e da lei é a mesma linguagem, só que elaborada por emissores diferentes (Warat, 1995).

Importante ressaltar que, com o advento da CRFB, a população brasileira passou a ter mais direitos com possibilidade para exercer cidadania ativa. Com isso, as formas de escrita técnica e dificeis precisam mudar para

que fique mais simples para o povo entender já que é de interesse público as prestações jurisdicionais. A linguagem empolada piora ainda quando pessoalmente com gravata e exigindo ser chamado de doutor como se fosse uma espécie de parte integrante do prenome em vez de título de doutorado. Isso é intencional, pois exerce o poder de convencimento e distanciamento com a população, contrariando o conhecimento e o efetivo acesso à justiça (Araujo Junior, 2018).

Quanto à pergunta dirigida aos assistidos “Que tipo de linguagem você gostaria que usassem no transcorrer de um processo judicial?”, foi unânime a resposta no sentido da necessidade de uma linguagem que seguindo as normas gramaticais da língua portuguesa fosse com palavras usuais, sem juridiquês que acaba atrapalhando no entendimento de autor e/ou réu em autos de processos judiciais (Gráfico 8, 2022). Isso porque, usar na seara jurídica palavras jurídicas com o objetivo de obter estética pode prejudicar o entendimento das partes em audiência ou autos judiciais (Bulhões, 2006).

Gráfico 8: Linguagem a ser usada no processo judicial com autor e/ou réu.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

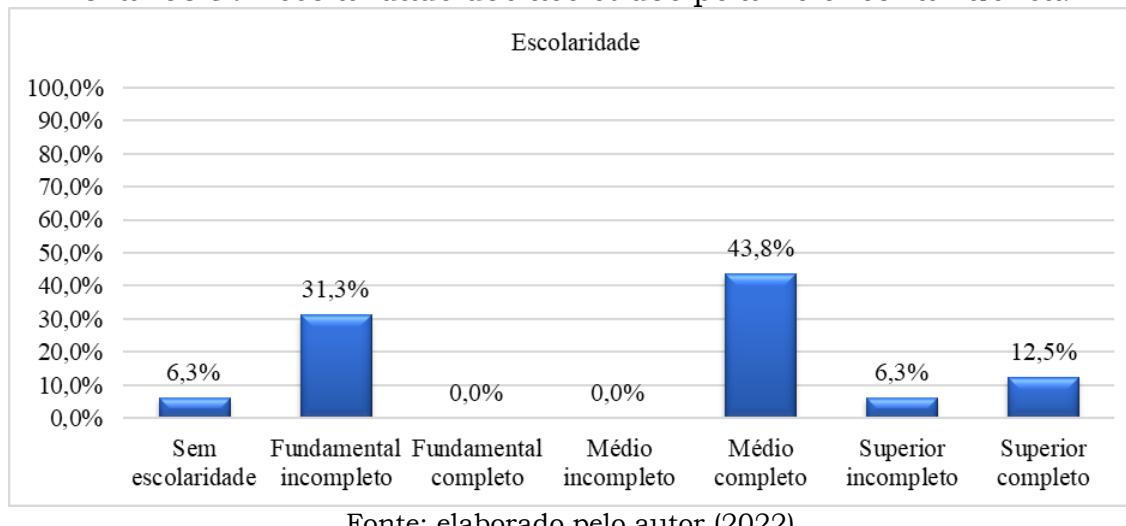
O gráfico oito (2022) é fundamentado pelo livro de “Acesso à Justiça”, o qual afirma que, tornar o sistema de justiça mais acessível com a simplificação da linguagem jurídica não significa que resultará em um sistema pobre, mas, sim, republicano que atende aos anseios da população que promulgou junto com o constituinte originário à CRFB. Logo, a simplificação das leis e pronunciamentos judiciais são necessários para que a população verdadeiramente participe de seus processos ativamente, sabendo o que o juiz

decidiu, o que o advogado da parte contrária argumentou, sem precisar de tradução de defensores todas as vezes que houver movimentação no processo (Cappelletti; Garth, 1988).

Embora não tenha sido analisado no gráfico oito (2022), se os assistidos são analfabetos funcionais, pois demandaria técnicas específicas, embasou-se com uma pesquisa realizada em 2016, na qual constatou que o Brasil tinha 35 milhões de analfabetos funcionais incapazes de compreender textos extremamente simples. Sabendo disso, a linguagem jurídica para esses pode se tornar mais um entrave ao acesso à justiça quando necessitam resolver um conflito social perante o poder judiciário (Araujo Junior, 2018).

6,3% disseram que não têm escolaridade nenhuma, já 31,3% afirmaram que têm fundamental incompleto. O entendimento do que os profissionais do Direito falam é zero, ficam perdidos se ganhou ou se perdeu com prolações de sentenças que são partes (autor ou réu). Enquanto, 43,8% têm ensino médio completo, mas alega se sentir incapaz de entender a mensagem até de uma carta de citação ou intimação para comparecer à uma audiência, precisa ir à Defensoria para o defensor traduzir e dizer o que precisa ser feito. O objetivo não era saber se os assistidos eram analfabetos funcionais, mas a sua escolaridade em si, a fim de entender um pouco o perfil de educação formal deles (Gráfico 9, 2022).

Gráfico 9: Escolaridade dos assistidos pela Defensoria Pública.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

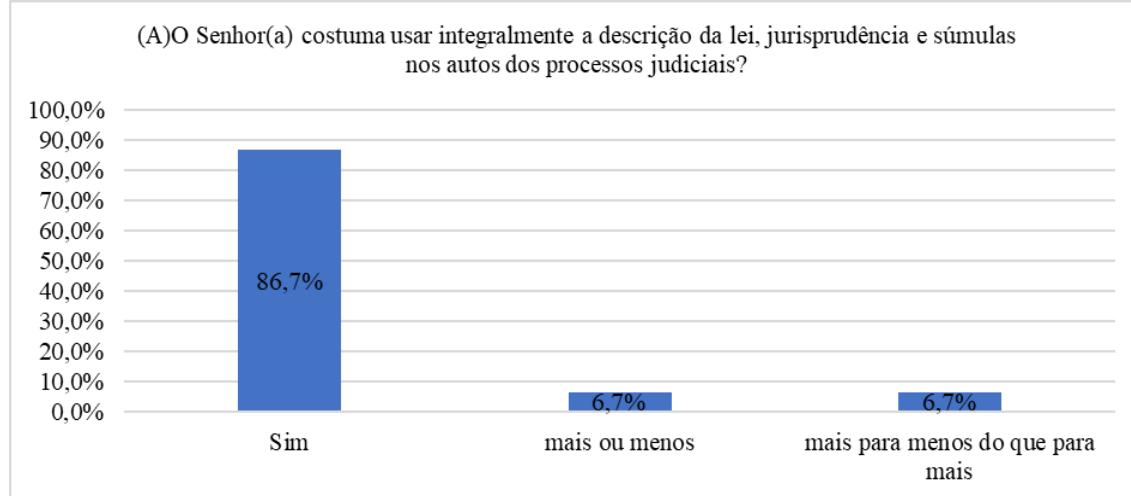
Alguns dos assistidos alegaram ter ensino superior incompleto, já outros completo. 6,3% têm curso superior incompleto, enquanto 12,5% têm

curso superior já concluído. Estavam na Defensoria para saber do defensor o que na decisão judicial estava sendo dito. Logo, ainda que tenham passado ou estejam fazendo curso de nível superior enfrentam dificuldades para entender o que os profissionais do Direito discutem nos processos judiciais por meio da linguagem jurídica (Gráfico 9, 2022).

3. PESQUISA COM PROFISSIONAIS DO DIREITO DE PARANAÍBA

Ao seguir o roteiro da pesquisa, a primeira questão foi: “O(A) Senhor(a) costuma usar integralmente a descrição da lei, jurisprudência e súmulas nos autos dos processos judiciais?”. Para responder essa indagação havia três alternativas, poderia ser “sim”, “mais ou menos” ou “mais para menos do que para mais”. Dos quinze profissionais, 86,7% afirmaram que usam integralmente a descrição da lei, jurisprudência e súmulas em autos judiciais. As respostas “mais ou menos” e “mais para menos do que para mais” ficaram com a mesma porcentagem, qual seja: 6,7% (Gráfico 10, 2022).

Gráfico 10: Uso integral da letra de leis, jurisprudências e súmulas.



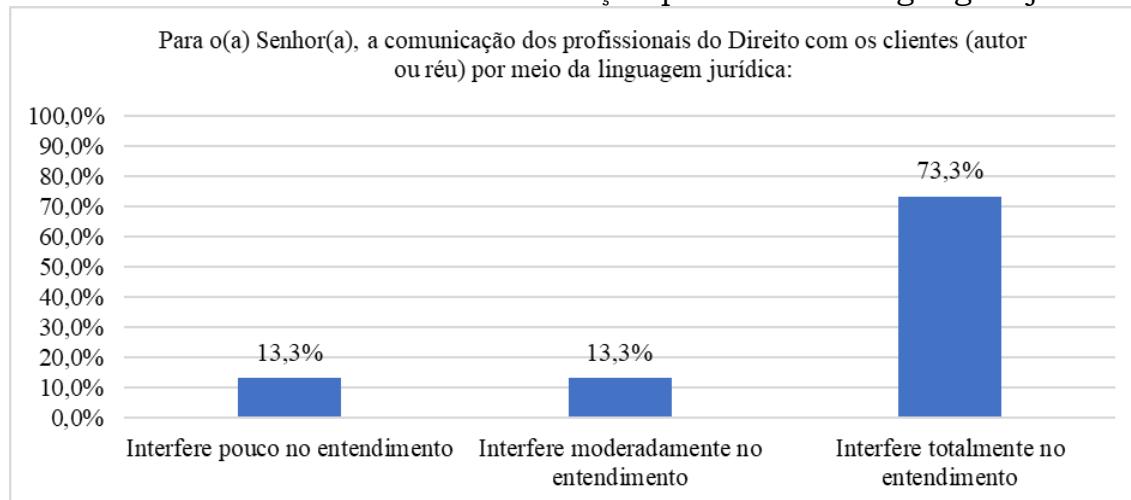
Fonte: elaborado pelo autor (2022).

A reprodução integral da linguagem da lei, jurisprudência e súmulas acontecem em Paranaíba entre profissionais do Direito para com a população que é assistida em processos judiciais (Gráfico 10, 2022). E, como já visto, de acordo com Bittar (2009), do texto normativo ao decisório é um texto sobre textos. Essa interação resulta em ambiguidades e disparidades semânticas.

Logo, torna as relações jurídicas entre profissionais do Direito e população intangíveis de alcançar o entendimento acerca das comunicações jurídicas.

Diante desse cenário, frisa-se que é urgente uma linguagem simplificada quando o emissor (profissional do Direito) emite uma mensagem ao destinatário (autor ou réu), pois ainda que tenha constituído um advogado nos autos de processo judicial, não é cabível que em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB) seja preciso a tradução de seus próprios direitos (Marinho, 2021).

A pergunta dirigida aos profissionais do Direito “Para o(a) Senhor(a), a comunicação dos profissionais do Direito com os clientes (autor ou réu) por meio da linguagem jurídica?”. Havia três possíveis respostas, como: i) interfere pouco no entendimento; ii) interfere moderadamente no entendimento; iii) interfere totalmente no entendimento. De todos os profissionais do Direito de Paranaíba, 13,3% afirmaram que a linguagem jurídica interfere pouco no entendimento de autor ou réu em processos judiciais, bem como 13,3% disseram que interfere moderadamente. Todavia, 73,3% alegaram que interfere totalmente no entendimento. Este último índice mostra a necessidade de atenção dos profissionais do Direito na comunicação jurídica, pois há leigos que fazem parte do processo e que precisam entender não apenas a decisão final, mas o andamento integral, visto que o maior interessado é o autor e réu. A fim de saber quem que tem razão ou não diante do poder de “dizer o direito” no caso concreto levado para o Estado-juiz solucionar (Gráfico 11, 2022).

Gráfico 11: Interferência na comunicação por meio da linguagem jurídica.

Fonte: elaborado pelo autor (2022).

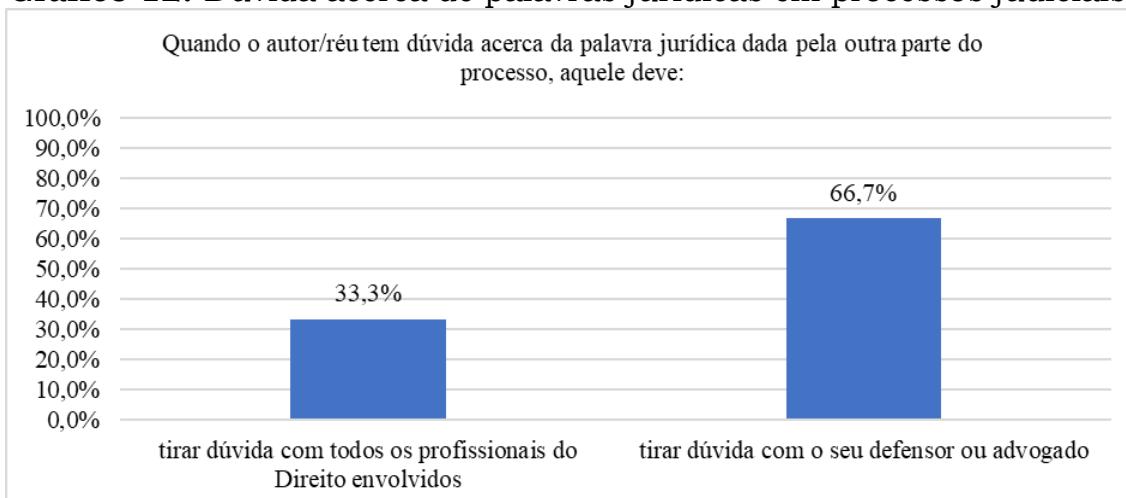
Na dissertação defendida pelo autor Marinho, em 2021, intitulada como: “Você sabe com quem está falando? O direito como discurso e a linguagem jurídica como dominação”, como já mencionado e para fazer uma referência com o gráfico onze (2022), pôde ser extraído que a comunicação jurídica deve ser efetiva. Para isso, é importante que emissor (profissional do Direito) e receptor (autor ou réu) partilhem do mesmo código referencial. Logo, o profissional do Direito quando está numa conversa com o seu cliente precisa usar a mesma linguagem do cliente com o fim de ser compreendido. Da mesma forma quando o seu receptor da mensagem for outro profissional do Direito (Marinho, 2021).

Ainda assim, sabe-se que a forma adequada de argumentação num processo comunicativo entre cidadãos não é uma observância da atualidade que preza por palavras cotidianas. A boa escolha de palavras é um compromisso ético que os gregos se atentavam muito na época da democracia da palavra, visto que tinham medo de transformar a assembleia de cidadãos daquela época em reunião de tagarelas irresponsáveis, como já supramencionado (Bartoly, 2010).

O questionamento realizado aos profissionais do Direito “Quando o autor/réu tem dúvida acerca da palavra jurídica, aquele deve:”. Eles poderiam responder: 1^a) tirar dúvida com todos os profissionais do Direito envolvidos; ou 2^a) tirar dúvida com o seu defensor ou advogado. Assim, 66,7% dos deles disseram que é bom que autor ou réu tire dúvidas com o seu defensor ou advogado quando houver dúvidas acerca do andamento do processo. Todavia,

33,3% afirmaram que autor ou réu pode tirar dúvidas com todos os profissionais do Direito envolvidos. Importante observar que, quando essa pergunta era dirigida aos juízes e promotores que participaram, as respostas se encaminhavam para a primeira opção. Enquanto de advogados e defensores públicos, as repostas ficavam na segunda opção, com um percentual elevado, devido essa classe ter um maior número de participantes nesta amostra de pesquisa (Gráfico 12, 2022).

Gráfico 12: Dúvida acerca de palavras jurídicas em processos judiciais.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

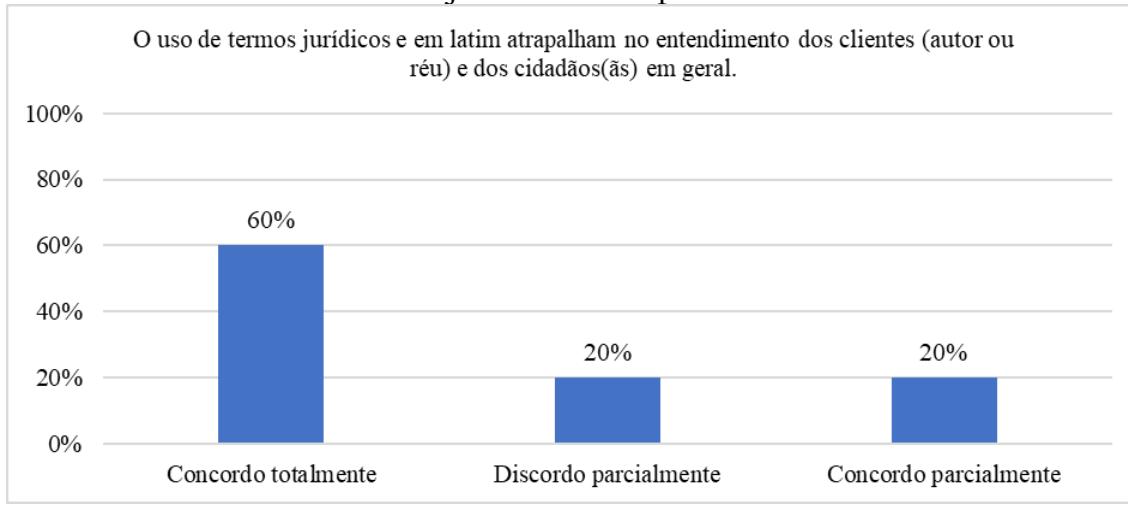
Portanto, pôde-se perceber que, teoricamente, as respostas foram de acordo com o nível de responsabilidade dos profissionais do Direito. No entanto, há uma cultura no Brasil de que juiz e promotor de justiça não atendem diretamente autor ou réu, mas as respostas apresentam-se contrárias a essa cultura na Comarca e cidade de Paranaíba (Gráfico 12, 2022).

O caso prático mencionado na seção dois que aconteceu no Brasil com uma autora de ação de divórcio judicial que durou quase uma década foi um dos fundamentos referenciais para o embasamento da pergunta do gráfico doze. Como já mencionado, ela aprendeu nos autos sozinha muitos termos jurídicos, pois os advogados que a representava eram bem arrogantes, o que difere dos resultados deste gráfico (Bulhões, 2006).

No momento que foi lida a afirmação: “O uso de termos jurídicos e em latim atrapalham no entendimento dos clientes (autor ou réu) e dos cidadãos(ãs) em geral”, para juízes de Direito, promotores de justiça,

defensores públicos e advogados. Com a possibilidade de responderem: a) concordo totalmente; b) discordo totalmente; e c) concordo parcialmente. De todas as respostas, 60% concordaram totalmente com a afirmação que foi retirada de autores, como Marinho (2021), para a construção deste trabalho. Por outro lado, 20% discordaram parcialmente e, outros 20% concordaram parcialmente com o enunciado. Observa-se que, esse entendimento é subjetivo de cada profissional do Direito (Gráfico 13, 2022). Visto que no gráfico seis, 100% dos assistidos, autor e/ou réu, afirmam que a linguagem jurídica com usos técnicos dificulta o entendimento de muitas pessoas. Logo, prejudica a comunicação efetiva entre cidadão e Estado (Gráfico 13, 2022).

Gráfico 13: Se termos jurídicos atrapalham no entendimento.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Historicamente, percebe-se semelhanças entre a gramática portuguesa e latina. A língua portuguesa é resultado desse processo, visto que a formação de suas palavras é de origem latina. Palavras do latim nas escritas jurídicas é uma ação costumeira. Mas, isso é resultado de um processo histórico que é reproduzido de geração em geração aprendido tanto nos cursos de Direito como nos estágios forenses (Gnerre, 1991).

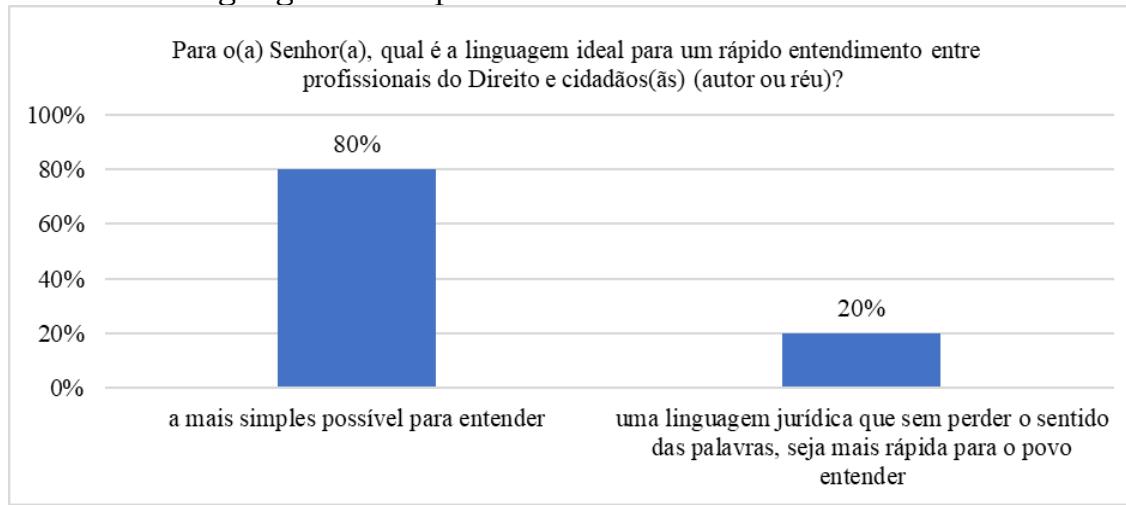
No Brasil, é fácil perceber a diferenciação linguística em cada região por conta de como se deu a sua formação com pessoas vindo de vários países. Muitos podem acusar dizendo que não existe, apenas a língua oficial. Poucos brasileiros têm acesso ao ensinamento da língua portuguesa, quando tem, é de acesso reduzido ou precário, visto que não receberam a devida formação

pedagógica desde o ensino primário, dentre outras questões, como alimentação regular, ambiente adequado fora da escola etc. (Gnerre, 1991).

É autoritária e impositiva sobre a diversidade brasileira a língua que os gramáticos produziram e/ou produzem. Embora os brasileiros sejam declarados na CRFB como iguais formalmente perante a lei, são silenciosamente discriminados com base no mesmo código a qual a lei é redigida. Nem todo cidadão consegue entender a norma padrão da língua portuguesa, quando é inserido palavra estrangeira fica ainda mais dificultoso (Gnerre, 1991).

Perguntou-se aos juízes, promotores, defensores públicos e advogados: “Para o senhor(a), qual é a linguagem ideal para um rápido entendimento entre profissionais do Direito e cidadãos(ãs) (autor ou réu)?”. Estatisticamente, 80% deles preferem a linguagem mais simples possível para autor ou réu entender. Todavia, 20% deles, desejam uma linguagem jurídica que sem perder o sentido das palavras, seja mais rápida para o povo entender (Gráfico 14, 2022).

Gráfico 14: Linguagem ideal para um melhor entendimento de autor ou réu.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Fundamentou-se o gráfico quatorze (2022) com autores estudados, como um deles Araujo Junior (2018). É preciso a simplificação da linguagem jurídica, pois tem sido vista como necessária. Deve ocorrer não só com os profissionais do Direito já formados, mas os que estão em formação nos cursos de Direito também. Visto que os discentes de Direito são estimulados a usarem linguagem jurídica inacessível com o objetivo de monopolizar o

conhecimento jurídico. Acabam acreditando que com isso terá valorização profissional no mercado de trabalho jurídico que deseja, há séculos, se manter reservado (Araujo Junior, 2018).

Destaca-se que com a simplificação da linguagem jurídica não haverá distanciamento desta com a língua portuguesa. É entender que, diante da formação do Brasil de pessoas vindo de vários lugares do mundo, a variação linguística é um fato. Portanto, isso deve ser observado à luz da CRFB, pois todos os cidadãos brasileiros têm o direito de entender acerca do ordenamento jurídico que rege a vida de toda a coletividade (Bittar, 2009).

O profissional do Direito só consegue trabalhar por meio da linguagem, que pode ser escrita e/ou fala. Por isso, para ser compreendido pelas pessoas, é preciso ser simples no uso das palavras. Não como era antigamente, que para ser elegante precisava escolher palavras difíceis ou não usuais. A compreensão rápida numa comunicação jurídica é o que importa, pois se trata de interesse social no Direito. Logo, o juridiquês deve ser evitado, visto que este não é sinônimo de inteligência e respeito. Ao criar uma cultura da simplificação ficará mais compreensível para a população seus direitos materiais e processuais. Assim poderemos falar em superação de um dos maiores entraves ao efetivo acesso à justiça (Marinho, 2021).

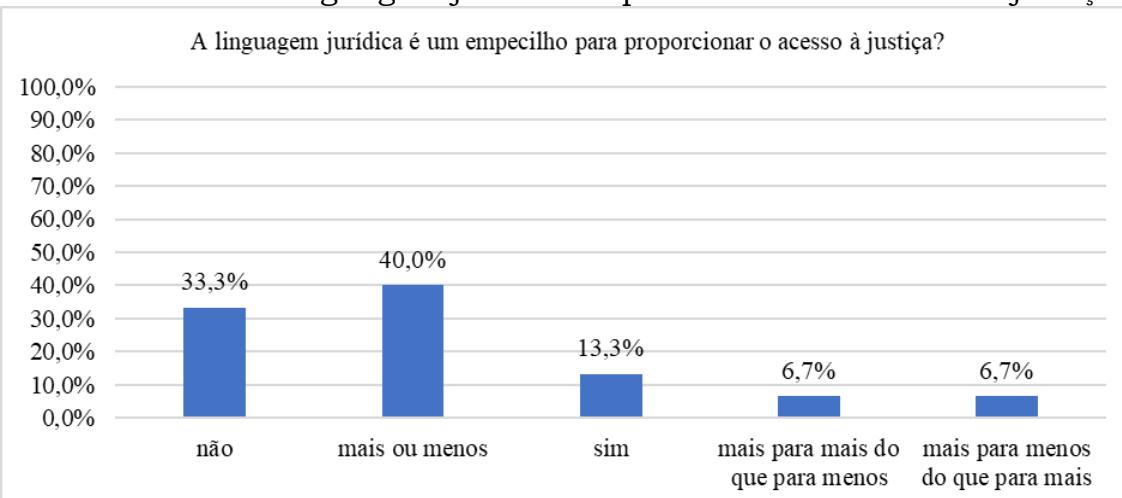
A então ex-ministra do STF, Ellen Gracie Northfleet, no momento de sua posse manifestou desde logo sua preocupação diante de uso excessivo da linguagem jurídica com a população brasileira nas decisões judiciais, principalmente (Marinho, 2021). Disse que a sentença precisa ser compreensível as partes que levou o litígio ao Poder judiciário. Para isso, relatou ser necessário que seja esclarecedora e didática, dado que a sentença é destinada ao cidadão jurisdicionado e não os cursos jurídicos, tribunais superiores ou publicações especializadas. Se a decisão judicial não for clara, acessível e bem fundamentada com base nos direitos da população, deve-se pensar no que estão fazendo enquanto membros do Poder judiciário (Northfleet, 2000).

O então presidente da comissão pela efetividade da justiça brasileira, Roberto Siegmann, também se pronunciou. Disse ser de fato complicado para a população entender a linguagem proferida pelos juízes, advogados e promotores, na maioria das ocasiões. Alega que a cultura da linguagem

jurídica destinada aos cidadãos que são leigos é reproduzida inconscientemente de geração em geração. O uso de palavras em latim não é em vão no Direito, visto que essa área é de origem latina (Marinho, 2021).

Diante desse problema que existe no Poder judiciário brasileiro, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) criou um livreto intitulado como: “O judiciário ao alcance de todos com noções básicas de juridiquês”, já na sua segunda edição. O objetivo é incentivar juízes, defensores, advogados, promotores, auxiliares da justiça, enfim, todos que participam de processos no sistema de justiça. Criará, com isso, uma cultura de linguagem didática para uma efetiva cidadania plena constitucional. São 114 termos jurídicos mais usados nos processos judiciais, bem como palavras em latim com devidos significados, localizado no capítulo juridiquês em (bom) português (Associação dos Magistrados Brasileiros, 2007).

A indagação feita aos profissionais do Direito do gráfico quinze (2022) foi: “A linguagem jurídica é um empecilho para proporcionar o acesso à justiça?”. Poderia ser respondida na escolha de uma das seguintes alternativas: a) não; b) mais ou menos; c) sim; d) mais para mais do que para menos; ou e) mais para menos do que para mais. De todos os respondentes, na alternativa “a”, 33,3% afirmaram que a linguagem jurídica não é um empecilho para proporcionar o acesso à justiça. Por outro lado, na alternativa “b”, 40,0% disseram que a linguagem jurídica impede mais ou menos o acesso à justiça. Enquanto, na alternativa “c”, 13,3% acusaram ser, sim, a linguagem jurídica um empecilho ao acesso à justiça. Por fim, em igual porcentagem, nas alternativas “d” e “e”, chegou-se a 6,7% (Gráfico 15, 2022).

Gráfico 15: Se a linguagem jurídica impede ou não ao acesso à justiça.

Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Os resultados com os profissionais do Direito no gráfico quinze (2022) vai de encontro com a pesquisa realizada com os quinze assistidos pela Defensoria Pública da Comarca e cidade de Paranaíba, pois 87,50% deles afirmaram que a linguagem jurídica interfere totalmente no entendimento no processo aos quais fazem parte (Gráfico 4, 2022).

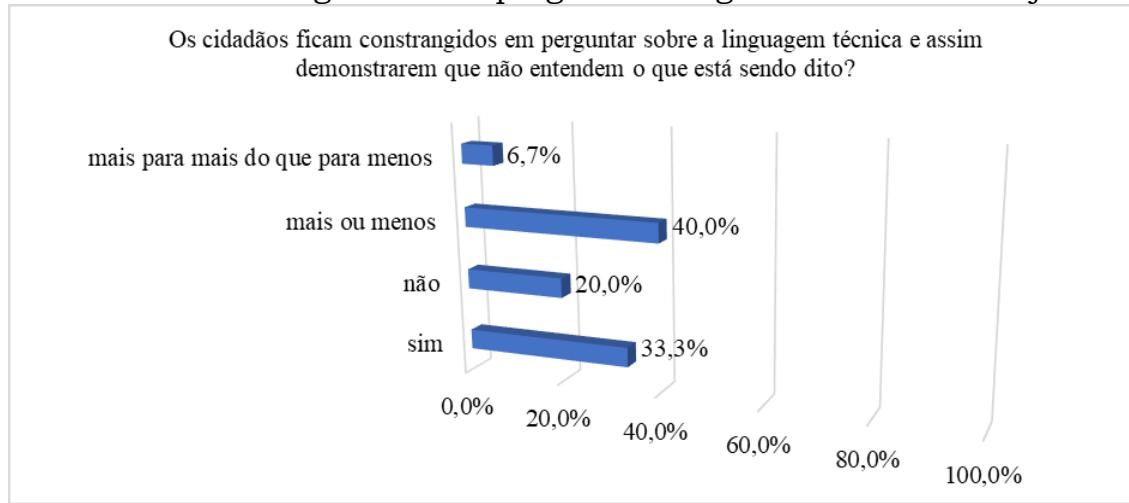
O gráfico quinze (2022) confirma o que teóricos, como um deles inframencionado, escrevem acerca do entrave ao acesso à justiça por meio da linguagem e estrutura jurídica, visto que a linguagem jurídica se apresenta como rigidamente formal e inapropriada, pois ela também se destina aos cidadãos de diversas classes sociais. Como esses não conseguem entender a linguagem jurídica, não ocorre efetivamente acesso à justiça, pois por mais que tenham o direito de ser representado por um defensor, quando hipossuficiente (art. 5º, LXXIV, CRFB), a linguagem e estrutura jurídica faz com que os indivíduos não consigam entender a sua funcionalidade total. Existe um jogo de mecanismos a excluir cidadãos comuns do direito de policiar a própria cidadania constitucional efetivamente. Seria necessário colocá-los como convededores de seus direitos, mas por individualidade de poucos para exercício de poder é usada a complexa linguagem com toda a sua estrutura jurídica como entrave (Bulhões, 2006).

Um dos mecanismos de entrave ao efetivo acesso à justiça por meio da linguagem jurídica, é a prolixidade, que é uso repetido e extenso de determinada coisa a se falar e/ou escrever que poderia ser objetivo e simples, se apresenta perante muitos profissionais do Direito como a tradição de

manter a imagem de respeitabilidade e credibilidade de quem emite a sua mensagem jurídica. Essa prolixidade discursiva na maioria das atividades jurisdicionais tem por objetivo obter um sentido de hierarquia, pois quando o advogado ou outro profissional do Direito escreve uma petição para o juízo, usando técnicas jurídicas ornamentais com o fim de obter decisão judicial procedente do pedido, está mostrando a hierarquia que existe no interior da esfera judicial. Tudo por uma manutenção de poder, esquecendo a função da estrutura a quem realmente se destina: os cidadãos (Bulhões, 2006).

Da questão “Os cidadãos ficam constrangidos em perguntar sobre a linguagem técnica e assim demonstrarem que não entendem o que está sendo dito?”. As respostas poderiam ser: i) mais para mais do que para menos; ii) mais ou menos; iii) não; ou iv) sim. De todos os respondentes, 40,0% disseram que ficam mais ou menos constrangidos para tirarem dúvidas quanto a linguagem jurídica. Por outro lado, 30,3% acusaram que ficam constrangidos, ao responderem “sim”. Inclusive, houve até prejuízos em audiências, pois foi perguntado uma coisa, mas o interrogando acabou respondendo outra coisa totalmente diferente por causa das palavras usadas na pergunta. Por fim, 20% alegaram que não ficam constrangidos. E, 6,7% afirmaram “mais para mais do que para menos” no nível de constrangimento no momento de tirar dúvidas quanto ao significado das palavras técnicas junto com os profissionais do Direito envolvidos (Gráfico 16, 2022).

Gráfico 16: Constrangimento ao perguntar o significado de termos jurídicos.

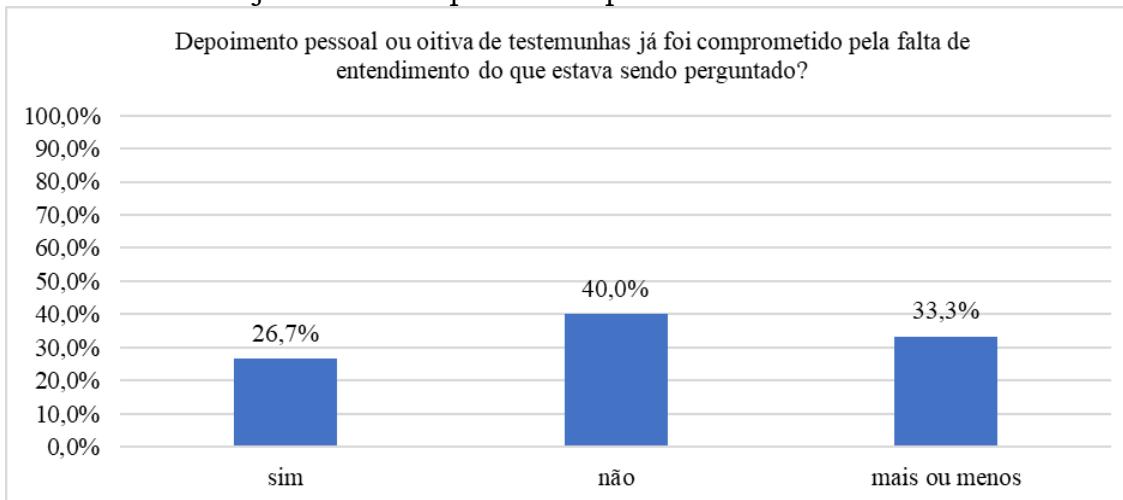


Fonte: elaborado pelo autor (2022).

A pergunta do gráfico dezesseis (2022) se refere a uma pergunta que acaba resultando em respostas de cunho subjetivo, pois a finalidade é identificar se os participantes pensam e agem de forma a dificultar o entendimento de autores e/ou réus em processos judiciais. A linguagem jurídica de profissionais do Direito é usada entre eles de forma natural, mas para um leigo que participa dessa comunicação jurídica, acaba sendo um entrave (Garapon, 1999). Advogados e defensores quando eram perguntados, de forma unânime falavam que já houve prejuízos por causa da linguagem jurídica, principalmente em audiências. Quando era percebido dúvidas pelas partes ou testemunhas pedia o devido esclarecimento para o juiz (Gráfico 16, 2022).

A comunicação precisa ser efetiva. Para isso, é importante que emissor e receptor partilhem do mesmo código referencial. O profissional do Direito quando está numa conversa com o seu cliente precisa usar a mesma linguagem do cliente com o fim de ser compreendido. Da mesma forma quando o seu receptor da mensagem for outro profissional do Direito. O objetivo não é deixar de usar a linguagem jurídica, mas saber se o destinatário da comunicação conhece o código que está em uso. A comunicação jurídica com código diferente do conhecimento do receptor é capaz de se apresentar como constrangedora. Diante disso, testemunha pode entrar em estado de pânico ao achar que será presa por receber uma cartinha de intimação judicial com uma linguagem totalmente rebuscada e incomprensível para um leigo (Marinho, 2021).

Foi perguntado se o depoimento pessoal ou a oitiva de testemunhas já foi comprometido pela falta de entendimento do que estava sendo perguntado aos juízes de Direito, promotores de justiça, defensores públicos e advogados. As respostas foram variadas de acordo com a posição e responsabilidade profissional de cada um, como já observado no gráfico doze (2022). Do total, 26,7% responderam que o depoimento pessoal ou oitiva de testemunhas já foi, “sim”, comprometido pela falta de entendimento do que estava sendo perguntado. De acordo alguns relatos, precisou-se de intervenção do advogado para que não tivesse mais prejuízos (Gráfico 17, 2022).

Gráfico 17: Prejuízos em depoimento pessoal ou oitiva de testemunhas.

Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Por outro lado, 40% dos respondentes afirmaram não perceber a ocorrência de comprometimento no ato de audiências por causa da forma que os profissionais do Direito perguntavam aos autores ou réus, e testemunhas arroladas em processos judiciais. Por fim, 33,3% alegaram que acontece, mas não é sempre que os profissionais do Direito conseguem perceber. Costuma ser percebido que o interrogando não está entendendo o que está sendo perguntado pelo advogado representante da parte que o arrolou (Gráfico 17, 2022).

A pergunta desse gráfico dezessete (2022) surgiu pelo motivo de que autores teóricos, como o inframencionado, dizem que para que cidadão comum exerça seu direito de peticionar é preciso, em regra, ser representado por um advogado ou defensor público. Logo, a comunicação se dá entre profissionais do Direito em que todos têm formação jurídica e conhecem o código especial da área. Entretanto, autor ou réu merecem ter oportunidade de entender sem precisar de tradutor do que está sendo pedido pela parte contrária, teses de argumentação e motivação de decisão de juiz (Araujo Junior, 2018).

Diante desse cenário, observar-se que, quando a linguagem jurídica deixar de ser rebuscada e de difícil compreensão para muitos cidadãos da sociedade brasileira, será possível pensar em um passo à frente ao efetivo acesso à justiça. Visto que assim, estaria sendo observada a cidadania plena de todos na República Federativa do Brasil. Na CRFB, em seu art. 5º, XIV, está escrito que é um direito do cidadão o acesso à informação, salvo em

algumas hipóteses. No entanto, silenciosamente é descumprida essa regra quando propaga em leis textos jurídicos de difícil compreensão para a maioria da população que é leiga (Miranda, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra “Acesso à justiça” teve como objetivo na década de setenta elaborar um relatório técnico sobre os avanços (ou não) do acesso à justiça. Iniciar este artigo com a revisão daquela obra foi importante para nos informar dos três movimentos que ocorreram ao longo dos anos, como visto na primeira seção. Essas ondas foram importantes para entender melhor o entrave da linguagem jurídica no efetivo acesso à justiça no Brasil. Outros problemas para esse acesso discutido no referido livro foram “resolvidos” a partir da Lei de Gratuidade da Justiça para as pessoas insuficientes de recursos em 1950 e com a promulgação da CRFB em 1988 no Brasil. No entanto, garantir o direito ao acesso formalmente não faz com que cidadãos consigam entender minimamente o sistema jurídico e participar ativamente em prol da garantia de seus direitos e de toda a coletividade.

É possível entender por meio da discussão de dados empíricos com teóricos na segunda seção deste trabalho que é preciso avançar mais a luta pelo efetivo acesso à justiça. Ao realizar uma interpretação das respostas do gráfico dois, percebe-se que, embora a CRFB garanta a assistência jurídica integral e gratuita ao cidadão que alega insuficiência de recursos (direito do primeiro movimento de países ocidentais), a linguagem jurídica impede o entendimento do cidadão do que acontece no decorrer de seu processo, ainda que tenha acesso pela senha eletrônica. A título de exemplo, dos quinze assistidos, 93,80% afirmaram que não conseguem entender sozinhos em casa as palavras jurídicas. Precisam ir até à Defensoria para que o defensor traduza o que tem sido dito no processo nos quais fazem parte. Ao analisar o gráfico quatro, 87,50% dos assistidos afirmaram que a linguagem jurídica interfere totalmente no entendimento no momento de visualizar o processo que é parte.

Não é dos dias atuais o problema da linguagem jurídica para cidadãos. A prova disso são dois julgados. O primeiro de 1949 e o segundo de 2012. Ao

analisar ambos, a linguagem jurídica não mudou muito. Passaram 63 anos e não houve mudança. Enquanto isso, a curiosidade de autor ou réu em saber o que está acontecendo no seu processo é normal. 87,50% dos assistidos na Defensoria em Paranaíba que pegaram a senha no cartório para ler o processo tiveram dificuldade de entender em razão da linguagem jurídica, brocardos desnecessários e uso de palavras em latim que só atrapalham na leitura de um texto jurídico.

Todos os assistidos (cem por cento) concordaram totalmente com o enunciado afirmativo intitulado “A linguagem jurídica usa muitas palavras próprias do Direito, como: “in dubio pro reo”, “o processo subiu”, “de cuius”, entre outras. Esses termos dificultam o entendimento de muitas pessoas, prejudicando a comunicação entre cidadão(ã) e Estado”. Eles não conseguem entender o que essas palavras não usuais no cotidiano deles servem num processo comunicacional que se discute direitos que são de toda a coletividade. Disseram ao ser traduzido “*de cuius*” para “o morto”, que seria bem melhor o entendimento.

O advento da CRFB foi um marco teórico importante. A partir disso, a população brasileira passou a ter mais direitos com possibilidade para exercer cidadania ativa. As formas de escrita técnica e dificeis precisam mudar para que fique mais simples para o povo entender já que é de interesse público a prestação jurisdicional.

Ao analisar os dados obtidos junto aos profissionais do Direito na seção três deste artigo, percebe-se que a maioria (86,7%) afirmaram que usam integralmente a descrição da lei, jurisprudência e súmulas em autos judiciais. Isso mostra a necessidade de atenção dos profissionais do Direito na comunicação jurídica, pois há leigos que fazem parte do processo e que precisam entender não apenas a decisão final, mas o andamento no geral do processo, visto que o maior interessado é o autor e réu. Interessante que, 80% deles preferem a linguagem mais simples possível para autor ou réu entender. Mostra-se promissor este último dado para a garantia do efetivo acesso à justiça.

Em 19 de junho de 2023, o TJRJ, a fim de atender a Resolução 85 do CNJ e a Agenda 2030 da ONU, por meio de seu Presidente, Sr. Des. Ricardo Cardozo, divulgou no site oficial do referido Tribunal que adotará iniciativas

contra o juridiquês. Esse projeto será realizado por meio de seu Manual de Linguagem Simples, com o objetivo de que o cidadão fluminense entenda o que acontece no sistema de justiça. Ele tem consciência de que o linguajar jurídico dos profissionais do Direito é totalmente diferente da população, sendo necessária a linguagem simples, clara, e objetiva com autores e/ou réus pessoalmente e em processos judiciais, com a finalidade do efetivo acesso à justiça (Brasil *et al.*, 2023).

Este artigo procurou apenas fazer breves discussões acerca da breve amostra de pesquisa empírica e revisão bibliográfica de autores da área de linguagem jurídica e acesso à justiça.

Sugere-se que estudos posteriores, especialmente aqueles aplicados de mestrado e/ou doutorado, possam se interessar por esta temática. E introduzam o conhecimento da linguagem jurídica e efetivo acesso à justiça em pesquisas empíricas consistentes (com um número maior de assistidos da Defensoria). Indica-se, ainda, o conhecimento sobre esse tema por parte de todo o Poder Judiciário brasileiro e Estado (*lato sensu*) a fim de ações em prol da linguagem jurídica simples.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, Claudio Gomes de. **O conservadorismo achacoso da linguagem jurídica.** 2018. 87 f. Dissertação (Letras) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em:
<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3523/5/Claudio%20Gomes%20de%20Araujo%20Junior.pdf>. Acesso em: 8 de fev. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O judiciário ao alcance de todos:** noções básicas de Juridiquês. 2.ed. Brasília: AMB, 2007. Disponível em: <https://www.amb.com.br/livro-que-traduz-o-juridiques-chega-a-2a-edicao-2/>. Acesso em: 8 de fev. 2021.

BARTOLY, Beatriz. **Nas tramas do discurso jurídico:** uma abordagem crítica. 2010. 241 f. Tese (Doutorado em Linguística) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em:
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9873/1/2010_BeatrizBartoly.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL *et al.* **Manual do TJRJ simplifica linguagem aos cidadãos.** 2023. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/10136/219136736>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. **Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 de abr. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 6.583, de 29 de setembro de 2008.** Distrito Federal, DF, 30 set. 2008. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6583.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI N° 4.657. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.** 2010. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Projeto obriga elaboração de sentença judicial em linguagem coloquial.** 2022. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/noticias/846139-projeto-obriga-elaboracao-de-sentenca-judicial-em-linguagem-coloquial>. Acesso em: 7 fev. 2022.

BULHÕES, Eliane Simões Pereira. **Estudo vocabular de petições jurídicas:** ornamentação e rebuscamento. 2006. 244 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, 2006. Disponível em:
https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/93863/bulhoes_esp-me_arafcl.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 out. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Disponível em:
<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em: 3 dez. 2022.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. **Curso de Português Jurídico.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar – Ensaio Sobre o Ritual Judiciário.** Lisboa: Instituto Piaget, tradução Pedro Filipe Henriques, 1999.

GNERRE, Maurizio. **Linguagem, escrita e poder.** 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARINHO, Marcos José Pestana. **Você sabe com quem está falando?** O direito como discurso e a linguagem jurídica como dominação. 2021. 83 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo. Disponível em:
<https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2519/2/Marcos%20JP%20Marinho.pdf>. Acesso em: 8 de fev. 2021.

MIRANDA, Kleyvson José de. **A linguagem jurídica como ferramenta de acesso à justiça.** Recife, 2015. 72 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Direito. Disponível em:
https://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/548/1/kleyvson_jose_miranda.pdf. Acesso em: 8 de fev. 2021.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Ato solene de posse no STF.** 2000. Disponível em: https://www.amb.com.br/docs/discursos/posse_ellengracie.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de et al. **Resolução DPGE n. 198, de 7 de outubro de 2019.** 2019. Disponível em:
https://www.defensoria.ms.def.br/images/arquivos-dev/2019-_198__Disp%C3%B5e_sobre_par%C3%A2metros_para_deferimento_de_assist%C3%A7%C3%A3o_jur%C3%ADdica_gratuita.pdf. Acesso em: 20 ago. 2023.

PIANA, Maria Cristina. **A pesquisa de campo.** 2009. Disponível em:
<https://books.scielo.org/id/vwc8g/pdf/piana-9788579830389-06.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. Disponível em:
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4622783/mod_resource/content/1/Saussure16CursoDeLinguisticaGeral.pdf. Acesso em: 6 jan. 2022.

SIEGMANN, Roberto Teixeira et al. **Uma cruzada contra a pomposa e inacessível linguagem dos tribunais.** 2005. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/307576/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 ago. 2023.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem.** v. 2. Editor: Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1995.

Recebido em: 28/08/2024
 Aceito em: 05/08/2025
 DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11538



AS SMART DRUGS E O DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DOS LIMITES LEGAIS DO APRIMORAMENTO COGNITIVO

SMART DRUGS AND CONSUMER LAW: AN ANALYSIS OF THE LEGAL LIMITS OF COGNITIVE ENHANCEMENT

Fabricio Germano Alves

Mestre e Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) Espanha. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Vice-presidente da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccão do Rio Grande do Norte. Avaliador do INEP/MEC.

fabriciodireito@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8230-0730>

Júllia Andrade de Castro

Graduanda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Técnica em Controle Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (2019).

[contato.jullia@outlook.com](mailto: contato.jullia@outlook.com)

<https://orcid.org/0000-0002-0293-5892>

RESUMO: O presente artigo examina o uso de *smart drugs* para aprimoramento cognitivo e suas implicações legais no contexto das relações de consumo. O objetivo é analisar a comercialização de nootrópicos, que frequentemente é realizada de maneira ilegal no ambiente digital, onde a disseminação de desinformação contribui para a formação de expectativas irrealistas e práticas inseguras. Isso intensifica os desafios relacionados à falta de regulamentação e aos potenciais efeitos colaterais para a saúde. O artigo explora a relação entre *smart drugs* e o conceito de biohacking. A Constituição Federal estabelece a defesa do consumidor como um direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII) e como um princípio da ordem econômica (art. 170, V), o que evidencia a necessidade de considerar a aplicabilidade desse direito em um contexto de rápida evolução tecnológica e suas implicações na medicina contemporânea. A metodologia adotada inclui o método hipotético-dedutivo, com análise da doutrina, artigos acadêmicos, leis nacionais e resoluções, com base em pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa. A conclusão é que o uso de *smart drugs* para fins não terapêuticos é ilegal. Além disso, a venda clandestina dessas substâncias por meio de plataformas on-line, sem a devida prescrição médica, também constitui uma prática ilegal e passível de punição. Sendo assim, tanto os fabricantes quanto os comerciantes podem vir a ser responsabilizados a depender das particularidades de cada caso.

PALAVRAS-CHAVE: Aumento cognitivo; *Smart drugs*; Limites legais; Relações de consumo.

ABSTRACT: This article examines the use of smart drugs for cognitive enhancement and their legal implications in the context of consumer relations. The goal is to analyze the commercialization of nootropics, which is often conducted illegally in the digital environment, where the dissemination of misinformation contributes to the formation of unrealistic expectations and unsafe practices. This intensifies the challenges associated with the lack of regulation and the potential health side effects. The article explores the relationship between smart drugs and the concept of biohacking. The Federal Constitution establishes consumer protection as a fundamental right (Art. 5, Item XXXII) and as a principle of economic order (Art. 170, V), highlighting the need to consider the applicability of this right in a rapidly evolving technological context and its implications for contemporary medicine. The methodology adopted includes the hypothetical-deductive method, with analysis of doctrine, academic articles, national laws, and resolutions, based on bibliographic research and qualitative approach. The conclusion is that the use of smart drugs for non-therapeutic purposes is illegal. Furthermore, the clandestine sale of these substances through online platforms, without proper medical prescription, also constitutes an illegal and punishable practice. Accordingly, both manufacturers and merchants may be held liable, depending on the specifics of each case.

KEYWORDS: Cognitive enhancement; Smart drugs; Legal limits; Consumer relationships.

Como citar: ALVES, Fabricio Germano, CASTRO, Júllia Andrade de. As *smart drugs* e o direito das relações de consumo: uma análise dos limites legais do aprimoramento cognitivo. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 203-225, 2025.

INTRODUÇÃO

Desde tempos antigos, a humanidade tem buscado maneiras de superar suas limitações naturais, desenvolvendo artefatos e tecnologias para potencializar suas capacidades. O mito de Ícaro, descrito por Bulfinch (2002), simboliza esse desejo primordial de transcendência ao narrar a história de alguém que voa com asas de cera e penas. No contexto pós-moderno de inovação científica e ambições humanas, surgem os nootrópicos, também conhecidos como *smart drugs*, que são substâncias que prometem aprimorar as capacidades cognitivas e a performance mental.

Este estudo visa investigar o uso de *smart drugs* e sua relação com o conceito de *biohacking*, que envolve a modificação do próprio organismo a partir do uso de medicamentos. O foco estará nas complexidades associadas a essas drogas fora do contexto médico tradicional, com ênfase na proliferação de informações muitas vezes exageradas e tendenciosas sobre esses produtos nas mídias sociais. Essa disseminação de dados não verificados contribui para a adoção de práticas perigosas não regulamentadas, como o uso de medicamentos para fins não terapêuticos e o consumo inadequado. Portanto, é fundamental realizar uma análise da legislação para proteger os consumidores e manter a integridade das práticas de saúde pública.

Outrossim, é imperativo compreender o impacto dessas substâncias para informar e ajudar na formulação de políticas eficazes e regulamentações apropriadas. Isso é essencial para desenvolver diretrizes que possam proteger os consumidores e promover práticas seguras. A análise deve incluir a eficácia das *smart drugs*, o perfil dos usuários e a forma como essas substâncias são representadas na mídia e na cultura popular. Além disso, é imprescindível também identificar as possibilidades de responsabilização tanto dos fabricantes quanto dos comerciantes de tais produtos.

Para alcançar este objetivo, foi adotado o método hipotético-dedutivo, com foco em uma abordagem qualitativa e uma pesquisa bibliográfica. A pesquisa inclui a análise de doutrinas, artigos científicos e leis relacionadas ao uso de medicamentos e à proteção do consumidor, a fim de proporcionar uma compreensão das complexidades jurídicas associadas ao uso de *smart drugs* fora do contexto terapêutico.

1 USO DAS SMART DRUGS E BIOHACKING

Na década de 1950, a psiquiatria passou por uma transformação notável, impulsionada pelos avanços na neurociência e pela introdução dos psicofármacos. Esses progressos resultaram em uma abordagem fundamentada para o tratamento de distúrbios mentais com o desenvolvimento de psicofármacos e técnicas de diagnóstico que possibilitaram a adaptação das práticas psiquiátricas às novas necessidades dos pacientes e às inovações científicas (Gentil *et al.*, 2007). Essa tendência prescritiva elevou os psicofármacos a uma posição de destaque, como observa Ferraz (2002), transformando-os em verdadeiros *best sellers* globais.

Entretanto, indivíduos saudáveis começaram a usar esses fármacos com o intuito de potencializar suas capacidades cognitivas. Medicamentos inicialmente desenvolvidos para tratar condições específicas, como o metilfenidato (para Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade - TDAH), donepezil (para Alzheimer) e modafinil (para narcolepsia), estão sendo empregados por pessoas saudáveis visando melhorar seu desempenho cognitivo (Williams *et al.*, 2011).

Atualmente, diversos ambientes, sejam eles profissionais ou educacionais, exigem que colaboradores e estudantes sejam altamente eficientes e produtivos por longos períodos. A necessidade de flexibilidade, motivação contínua e a pressão por sucesso constante contribuem para a popularidade dos nootrópicos em profissões de alta exigência e no ambiente acadêmico. Nesse cenário, a importância do uso de mecanismos farmacológicos para atender à demanda social por excelência de desempenho é evidente. No ambiente acadêmico, o sucesso é frequentemente vinculado à integração e representação social (Barros, Ortega, 2011). No contexto laboral, os trabalhadores buscam melhorar seu desempenho, visando aumentar a eficácia, o rendimento e a segurança no trabalho (Avulich *et al.*, 2017).

A partir disso surge o conceito de *biohacking*, que envolve a ideologia de autoaprimoramento, ou seja, a utilização de técnicas, neste caso, farmacológicas, para aperfeiçoar capacidades físicas e mentais conforme Covarrubias (2020). A vida humana tem sido frequentemente marcada por limitações e misérias, mas o avanço tecnológico pode abrir novas fronteiras

para superar essas condições. O *biohacking*, em essência, incentiva indivíduos a explorar biotecnologias para otimizar habilidades naturais de forma independente.

No Brasil, em 2019, uma pesquisa realizada pelo Conselho Federal de Farmácia (CFF), por meio do Instituto Datafolha revelou que 77% dos brasileiros recorrem à automedicação. Isto é, práticas individuais em que pessoas exploram modificações em seus corpos e mentes por conta própria. Além disso, Musial *et al.* (2007) indicam que indivíduos com maior nível de escolaridade são os que mais recorrem à automedicação, acreditando que possuem mais informações e, portanto, maior capacidade de julgamento.

Nesse sentido, o crescente uso de *smart drugs* e sua associação com o *biohacking* exemplificam essa tendência. Movimentos *on-line* e comunidades dedicadas ao tema oferecem plataformas para compartilhar informações sobre substâncias, dosagens e experiências pessoais, criando um cenário onde indivíduos assumem o controle de suas próprias otimizações. Conforme destacam Boyd (2011) e Hine (2015), a ascensão da internet trouxe novas oportunidades para acessar informações, comunicar-se e atuar dentro de um contexto social mais amplo.

Kramer (1995) propõe que o uso de psicofármacos fora das prescrições médicas seja considerado "cosmético", ressaltando o movimento em que pessoas buscam aprimorar suas características físicas e cognitivas sem necessariamente ter um diagnóstico médico específico. Cada vez mais, observam-se indivíduos buscando a automedicação para obter vantagens neurais sem qualquer prescrição médica. Essas intervenções não são motivadas pela necessidade de tratamento de alguma doença, mas sim pelo desejo de superar o desempenho humano ordinário em diversas áreas.

1.1 Principais *Smart Drugs*

Sattler (2019) menciona que os fármacos frequentemente associados às chamadas *smart drugs* incluem o metilfenidato (Ritalina), compostos de anfetamina-dextroanfetamina/sais de várias anfetaminas (Adderall) e o modafinil (Provigil). É importante ressaltar que o modafinil, além de ser

utilizado no tratamento da narcolepsia e outros distúrbios do sono, possui múltiplos mecanismos de ação, conforme destacado por Mohamed (2014).

Esses remédios são considerados medicamentos sob controle especial pela Portaria 344/984, está incluso na lista de SPAs “A3”, sujeita a notificação da receita “A”. Além disso, o Brasil é o segundo maior consumidor de Metilfenidato no mundo. Segundo dados divulgados pela ANVISA, em 2011 foram comercializados mais de 413 kg de Metilfenidato (ANVISA, 2012).

Essas *smart drugs* geralmente atuam inibindo a recaptação de neurotransmissores como noradrenalina e dopamina, que são fundamentais para a manutenção da atenção. No entanto, a eficácia desses psicoestimulantes na melhoria cognitiva ainda carece de comprovação científica robusta. Pesquisas conduzidas por Urban e Gao (2014) sugerem que essas substâncias podem impactar a neuroplasticidade do córtex pré-frontal, uma região do cérebro responsável por funções cognitivas complexas como julgamento, controle comportamental, emoção, raciocínio lógico, memória de trabalho e tomada de decisão. Em jovens adultos, cujo córtex pré-frontal ainda está em desenvolvimento até aproximadamente os 30 anos, foram observados efeitos variados do metilfenidato, modafinil e ampaquinas. Enquanto adultos geralmente experimentam melhorias nas funções cognitivas com poucos prejuízos, jovens podem experimentar um aumento na atenção e na memória de longo prazo, porém com possíveis prejuízos na memória de trabalho e na flexibilidade comportamental. Esses resultados levantam preocupações sobre o desenvolvimento de indivíduos com elevado desempenho acadêmico, mas com habilidades adaptativas comprometidas para enfrentar desafios cotidianos.

Urban e Gao (2014) também destacam a preocupação de que indivíduos sem Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade (TDAH), que utilizam metilfenidato, podem apresentar uma boa adaptação no ambiente acadêmico, com melhorias na atenção e redução da hiperatividade. No entanto, podem revelar déficits sutis na flexibilidade comportamental e na memória de trabalho, aspectos essenciais para atividades como a condução de veículos. A falta de flexibilidade comportamental pode resultar em distração ao dirigir, afetando negativamente a segurança no trânsito.

Não há dúvida de que indivíduos realmente diagnosticados com transtornos, como o TDAH, devem ter acesso a medicamentos como a Ritalina e o Modafinil, conforme estabelecido. Ortega *et al.* (2010) revisaram publicações brasileiras, incluindo artigos científicos e reportagens de mídia popular, sobre a Ritalina, e confirmaram que os estudos científicos consideram o medicamento essencial no tratamento do TDAH.

No entanto, uma vez que esses medicamentos não foram originalmente concebidos como *smart drugs*, há uma falta de conhecimento sistemático sobre sua eficácia real em melhorar as funções cognitivas fora do contexto terapêutico. Além disso, a ausência de estudos abrangentes e aprofundados sobre os possíveis efeitos adversos a longo prazo é uma preocupação significativa. Portanto, adultos sem diagnósticos específicos enfrentam o risco de efeitos colaterais ainda desconhecidos. A literatura científica atual não comprova de forma sólida os benefícios clínicos do uso desses medicamentos para essa finalidade em indivíduos saudáveis (Farah, 2015; Forlini; Gauthier; Racine, 2013).

Portanto, esse campo de pesquisa ainda demanda mais estudos para proporcionar uma compreensão mais clara dos efeitos a longo prazo dessas substâncias e para informar políticas de uso ético e responsável de nootrópicos nas sociedades, sobretudo considerando a proteção à saúde dos usuários.

1.2 Os usuários

De acordo com Morgan e Curran (2017), uma parcela significativa dos usuários de *smart drugs*, especificamente 64%, iniciou o uso de metilfenidato durante a faculdade. Este dado ilustra a prevalência do uso dessas substâncias para aprimoramento cognitivo entre estudantes universitários.

Os fatores que motivam o uso de *smart drugs* por estudantes incluem a intensa pressão acadêmica, altos níveis de estresse e a competitividade exacerbada (Wasserman *et al.*, 2014). Esses elementos criam um ambiente propício para o uso de substâncias que prometem melhorar o desempenho cognitivo e acadêmico.

Contudo, muitos dos que buscam esse medicamento não têm consciência dos riscos potenciais para a saúde e não se informam adequadamente. Por ser um medicamento de prescrição especial, é fundamental que seja utilizado sob a orientação de um médico e com acompanhamento adequado, pois pode provocar efeitos adversos como dependência, diminuição do apetite e alucinações, dentre outros, conforme Coelho (2019).

As atitudes em relação ao uso de substâncias para aprimoramento cognitivo são profundamente influenciadas por valores culturais, como a ética do trabalho, a busca pelo sucesso e a percepção de justiça. Em diferentes culturas, o uso dessas substâncias pode ser interpretado de maneiras distintas: enquanto em algumas é visto como uma violação desses valores, em outras é considerado uma estratégia legítima para alcançar metas pessoais e profissionais (Maslen *et al.*, 2014).

As *smart drugs* são frequentemente adquiridas de maneira ilegal por meio de sites nacionais e internacionais, ou através de intermediários. Além disso, algumas pessoas recorrem a médicos e simulam sintomas associados ao TDAH, como falta de atenção, inquietação e desobediência, com o objetivo de obter a receita necessária (Barros, Ortega, 2011).

Outrossim, por meio de canais na internet, os usuários compartilham experiências e orientações sobre medicamentos adequados, dosagens e combinações terapêuticas. Esses meios de comunicação facilitam a troca de ideias e relatos diários entre aqueles que já utilizam o medicamento e os que estão em busca de informações (Maia, 2018).

O debate sobre o uso seguro de *smart drugs* ganha intensidade no Brasil devido à falta de regulamentação específica e à necessidade urgente de mais pesquisas sobre seus impactos a longo prazo. Estudos indicam que o uso indiscriminado dessas substâncias pode acarretar efeitos adversos à saúde mental e física dos usuários, como dependência, ansiedade e distúrbios do sono (Ragan *et al.*, 2013). Esses riscos ressaltam a importância de um controle mais rigoroso e de uma melhor compreensão dos efeitos a longo prazo.

Em suma, o fenômeno do *biohacking*, no contexto das *smart drugs*, reflete um desejo intrínseco de alcançar altos padrões de excelência, muitas

vezes vistos como impossíveis de manter sem alguma forma de intervenção no organismo humano. A busca por tais intervenções ilustra a complexidade e os desafios associados ao aprimoramento cognitivo, especialmente em um cenário altamente competitivo e exigente.

1.3 Representações das *Smart Drugs* na mídia e na cultura pop ocidental

Diversas séries de TV, livros e filmes frequentemente apresentam personagens que alcançam feitos extraordinários devido ao uso de drogas ou tecnologias avançadas. Essas representações podem popularizar a ideia de que o aprimoramento cognitivo é uma solução rápida e eficaz para superar desafios intelectuais e pessoais, frequentemente sem discutir os possíveis efeitos adversos. Estudos indicam que a mídia pode desempenhar um papel crucial na divulgação de informações, impulsionando o interesse e amplificando a distorção do nível de evidência (Wade, Forlini & Racine, 2014).

O filme *Lucy* (2013), dirigido por Luc Besson e estrelado por Scarlett Johansson, explora o potencial do cérebro humano e a possibilidade de aprimoramento cognitivo além dos limites convencionais. A trama gira em torno de *Lucy*, uma mulher que, por acidente, se torna involuntariamente transportadora de uma substância experimental que amplia sua capacidade cerebral para níveis extraordinários. Durante o filme, *Lucy* experimenta um aumento gradual e vertiginoso em suas habilidades cognitivas, adquirindo capacidades como telecinese, telepatia, controle sobre a eletricidade e uma compreensão profunda do universo. Este desenvolvimento é apresentado como resultado do uso de uma droga sintética que permite a ela acessar porcentagens cada vez maiores de sua capacidade cerebral. Assim, para um público mais vulnerável, o filme pode ser considerado perigoso por perpetuar a ideia sensacionalista de que o cérebro humano pode ser ativado para alcançar habilidades sobre-humanas por meio de substâncias.

No entanto, a influência da cultura popular na percepção do aprimoramento cognitivo não se limita apenas a filmes como *Lucy*. Séries de TV, como *Limitless* (2015), baseada no filme homônimo, exploram a ideia de uma droga fictícia, NZT-48, que permite ao protagonista Eddie Morra

(interpretado por Bradley Cooper) utilizar 100% da capacidade do seu cérebro. Além disso, na literatura, o romance "Admirável Mundo Novo" de Aldous Huxley (2001) descreve uma sociedade futurista onde as pessoas consomem uma droga chamada "soma" para suprimir emoções negativas e promover o bem-estar instantâneo. Embora a soma não seja estritamente uma *smart drug* no sentido contemporâneo, ela exemplifica a ideia de como substâncias podem ser usadas para manipular estados mentais e comportamentais.

Essas representações na cultura popular ocidental não apenas capturam a imaginação do público, mas também moldam percepções sobre o aprimoramento cognitivo. Elas podem criar uma expectativa irrealista de que o uso de substâncias oferece uma vantagem decisiva na vida pessoal e profissional, sem considerar os riscos envolvidos.

Portanto, enquanto a cultura popular pode oferecer uma plataforma intrigante para explorar conceitos futuristas de aprimoramento humano, é fundamental que essas representações sejam equilibradas com uma educação crítica sobre os riscos e benefícios reais associados ao uso de substâncias para o controle cognitivo. A conscientização e o discernimento são essenciais para distinguir entre a ficção sensacionalista e a complexidade científica real envolvida no aprimoramento cognitivo.

2. AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO CONTEXTO DAS SMART DRUGS

A interação entre a crescente popularização das *smart drugs* e o cenário legal oferece uma base sólida para analisar o papel do Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na popularização dessas substâncias. Muitos consumidores, ansiosos por melhorias rápidas em suas habilidades cognitivas, podem não estar plenamente cientes dos efeitos e usos dessas drogas.

Um ponto de partida relevante para essa análise é o artigo 2º, *caput*, do CDC, que define o consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Marta Luiza Leszczynski Salib (2014) explica que a relação jurídica de consumo é configurada por meio de um contrato entre consumidor e fornecedor, com o

objetivo de compra ou utilização de bens e serviços, sendo o consumidor o destinatário final desses produtos ou serviços.

O conceito de "consumidor" em sentido estrito pode ser interpretado de três maneiras principais: a Teoria Finalista ou Subjetiva, a Teoria Maximalista ou Objetiva, e a Teoria Finalista Mitigada. A teoria finalista, estabelecida no artigo mencionado do CDC, define o consumidor como o destinatário final imediato do bem ou serviço, ou seja, a pessoa que adquire o produto para uso pessoal ou familiar, excluindo-o da cadeia produtiva (Marques *et al.*, 2021).

Por outro lado, a teoria maximalista não exige que o destinatário fático também seja o destinatário econômico. Marques, Benjamin e Bessa (2021), argumentam que o CDC regula todas as relações de consumo e que o papel de um agente pode variar entre consumidor e fornecedor. Assim, o Código protege não apenas o consumidor não profissional, mas também regula amplamente as relações de mercado.

A Teoria Finalista Mitigada, refletindo a posição do Superior Tribunal de Justiça (2007), considera o consumidor como o destinatário final com base na vulnerabilidade. Reconhece-se que uma pessoa jurídica pode ser considerada consumidora quando adquire um produto ou serviço para suprir suas próprias necessidades, em vez de destiná-lo aos seus clientes.

Além das referidas teorias, existe ainda um conceito amplo de consumidor, que engloba as possibilidades de caracterização da relação jurídica de consumo por equiparação, a exemplo, do artigo 2º, parágrafo único do CDC, que permite a equiparação a consumidor da "coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo"; o artigo 17 do CDC, que equipara a consumidor todas as vítimas dos chamados acidentes de consumo; e o artigo 29 do CDC, que traz uma previsão no sentido de que equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas no capítulo em que o dispositivo se insere, dentre as quais pode-se destacar a oferta e a publicidade (Alves, 2020)

Marques (2010) aponta que a vulnerabilidade do consumidor pode ser técnica, jurídica ou fática. A vulnerabilidade técnica ocorre quando o consumidor não possui conhecimento específico sobre o serviço ou produto adquirido; a jurídica, quando não tem conhecimento sobre os efeitos jurídicos

da contratação; e a fática, que inclui vulnerabilidades econômicas e intelectuais.

Além disso, a definição legal de fornecedor, conforme o artigo 3º da Lei nº 8.078/1990, abrange pessoas físicas ou jurídicas, sejam privadas ou públicas, nacionais ou estrangeiras, e inclui atividades como produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos, bem como a prestação de serviços (Brasil, 1990).

O artigo 6º, inciso III, do CDC estabelece que os fornecedores têm o dever de fornecer informações claras e precisas sobre seus produtos e serviços. Este dispositivo reflete princípios fundamentais, como a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inciso I) e a intervenção estatal para proteger os direitos dos consumidores (art. 4º, inciso II). Segundo Vidal e Ortega (2019), essa proteção visa assegurar uma igualdade material nas relações de mercado, promovendo equidade entre as partes envolvidas.

O direito à informação está diretamente vinculado à liberdade de escolha do consumidor, conforme ressaltado pelo STJ, (2017, ERESP 1.515.895). Foi destacado que a autodeterminação do consumidor depende crucialmente das informações recebidas, sendo estas essenciais para a formação de opinião e para decisões conscientes sobre o consumo. Informações adequadas permitem escolhas informadas, enquanto informações falsas, inexistentes, incompletas ou omissas comprometem a liberdade de escolha consciente.

No contexto das sociedades atuais, fortemente moldadas pela tecnologia da informação, o conceito de "sociedade da informação", discutido por Manuel Castells (1999), sublinha a importância da informação nas sociedades contemporâneas. A "sociedade informacional" destaca o papel central da geração, processamento e transmissão de informação para a produtividade e poder em um contexto tecnológico avançado. Com o avanço das tecnologias da informação, surgem novas formas de comunicação e aumento da utilização de *smart drugs*, facilitando a troca de informações digitais entre indivíduos e instituições conforme Rannenberg, Royer, Deuker (2009).

É nesse sentido que surge uma preocupação premente quanto aos produtos vendidos *online*, especialmente quando se trata de medicamentos de tarja preta, que podem causar danos significativos à saúde. A venda de tais substâncias sem a devida regulamentação e controle pode expor os consumidores a riscos sérios, como efeitos colaterais adversos e dependência.

Adicionalmente, o princípio da boa-fé, consagrado no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, é fundamental para garantir que as relações de consumo sejam conduzidas com ética e transparência. Este princípio assegura a igualdade formal e substancial entre consumidores e fornecedores, exigindo que as partes envolvidas mantenham uma conduta honesta e não abusem da confiança mútua. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar (2003), a boa-fé implica na fidelidade à palavra dada e na não frustração das expectativas legítimas dos consumidores, o que é essencial para a integridade das relações humanas e jurídicas.

Assim, é crucial que as informações sobre nootrópicos e outros produtos semelhantes nas plataformas de venda sejam completamente transparentes e que não haja a venda desses produtos de forma ilegal. Isso garante que os consumidores possam tomar decisões informadas e seguras em um mercado de *smart drugs* em constante evolução. A transparência nas informações ajuda a proteger os consumidores de riscos associados ao uso inadequado ou desconhecido dessas substâncias, promovendo um ambiente de consumo mais seguro.

Flávio Tartuce (2021) destaca que a definição de fornecedor está ligada à realização de atividades com finalidade específica e recorrente, executadas de maneira profissional. A concepção de consumo, portanto, está intrinsecamente ligada à aquisição de produtos e serviços disponibilizados ao consumidor. O CDC pode manifestar-se em vários âmbitos, como na saúde, demonstrando que a relação de consumo abrange diferentes aspectos. Nessa relação, o fornecedor possui um conhecimento técnico mais aprofundado e obtém ganhos financeiros, enquanto o consumidor é geralmente leigo ou não especializado (Marques, Benjamin e Bessa, 2021). Se tratando das *smart drugs*, a aplicação do CDC é crucial, pois garante transparência e informação adequada para que os consumidores possam tomar decisões conscientes e seguras.

Logo, enquanto as relações de consumo desempenham funções econômicas ao facilitar a circulação de riquezas, o Direito contemporâneo busca proteger o indivíduo diante dos desafios impostos pela globalização e informatização. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é essencial e abrange diversos papéis ou *status*, incluindo a posição de consumidor nas sociedades orientadas para o consumo. A defesa do consumidor, conforme a Constituição brasileira de 1988, no artigo XXXII, desempenha um papel fundamental na proteção dos consumidores por meio de normas que abrangem tanto o Direito Privado quanto o Público, refletindo preocupações de ordem pública e interesse social, conforme os artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, e o artigo 48 de suas Disposições Transitórias.

Portanto, a *internet* oferece uma vasta quantidade de informações, mas frequentemente são incompletas e não cobrem aspectos essenciais como a qualidade do tratamento, a duração dos efeitos e o mecanismo de ação dos medicamentos. Isso contrasta com as normas estabelecidas para as relações de consumo, que exigem clareza e transparência. Além disso, tanto o uso de substâncias para aprimoramento cognitivo quanto o uso recreativo de drogas são ilegais, e os usuários de ambas as práticas estão em risco de desenvolver dependência química (Itabohary, Claudia, 2009).

3. IMPLICAÇÕES DO USO DE SMART DRUGS NA PERSPECTIVA DO DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A discussão sobre o uso de nootrópicos, também conhecidos como drogas inteligentes (*smart drugs*), tem ganhado destaque na literatura científica e na mídia devido às suas implicações complexas e multifacetadas. Segundo Bill (2012), esses medicamentos, que incluem termos como potenciadores cognitivos e potenciadores de memória, visam melhorar a capacidade cerebral. Contudo, o uso dessas substâncias levanta preocupações significativas, especialmente entre a população jovem, que muitas vezes recorre a esses medicamentos em resposta à pressão de pais e professores para melhorar o desempenho acadêmico. Tal prática pode ser particularmente prejudicial para adolescentes, cujos cérebros ainda estão em desenvolvimento. Além disso, a "pressão social indireta" exercida por pares que já utilizam essas

substâncias pode levar a decisões impulsivas e mal-informadas, aumentando os riscos para a saúde mental e física dos jovens.

Dessa forma, a utilização desses medicamentos pode gerar expectativas irreais e fomentar uma cultura de dependência química para atingir metas, especialmente em um contexto em que a ausência de regulamentações claras sobre o uso de nootrópicos em contextos não terapêuticos contribui para um ambiente onde os efeitos a longo prazo são frequentemente desconsiderados.

As principais motivações para o uso de nootrópicos incluem a busca por uma vantagem competitiva em ambientes acadêmicos e profissionais, a necessidade de prolongar o estado de alerta durante longas horas de trabalho ou estudo e o desejo de superar a procrastinação e a falta de motivação para a realização de tarefas (Sahakian, 2016).

A obtenção desses medicamentos frequentemente ocorre pela internet, com alguns usuários recorrendo ao *Deep* e *Dark Web* para adquiri-los de forma ilegal. É importante ressaltar que a *web* que milhares de usuários utilizam diariamente é denominada *visible web* (*web* visível), *surface web* (*web* da superfície) e *normal web* (*web* normal) Sherman e Price (2001). De acordo com Beckstrom e Lund (2019), a *Dark Web* é um conjunto de páginas da *web* que só podem ser acessadas por meio de navegadores específicos e uso de proxies. Segundo os autores, tanto a *Deep Web* quanto a *Dark Web* estão localizadas abaixo da superfície da *web* tradicional. No entanto, enquanto a *Dark Web* é uma camada da *Deep Web*, ela é muito mais profunda e obscura, originando-se do anonimato e frequentemente associada a atividades ilegais.

Esse cenário pode criar um ambiente onde os consumidores não estão devidamente protegidos contra produtos potencialmente perigosos de acordo com Código de Defesa do Consumidor (CDC).

As implicações do uso de nootrópicos abrangem três áreas principais: saúde, justiça distributiva e justiça competitiva (Scheske; Schnall, 2012). A saúde é uma preocupação central, pois não existem estudos de longo prazo que comprovem a segurança desses medicamentos para indivíduos saudáveis. Além disso, a questão da justiça distributiva é relevante, já que nem todos têm o mesmo poder aquisitivo para adquirir nootrópicos, e sobre a justiça

competitiva surge o fato de que pode criar desigualdades sociais na capacidade de competir (Scheske; Schnall, 2012).

Os nootrópicos foram originalmente desenvolvidos para tratar condições específicas, como déficit de atenção e hiperatividade, e não para melhorar as capacidades cognitivas de indivíduos saudáveis. Sahakian *apud* Davies (2010), expressa a preocupação de que, no futuro, a utilização de medicamentos para aprimorar a cognição possa se tornar comum, levando a sociedade a um cenário onde o trabalho contínuo se torne o comum, em vez de uma jornada de trabalho mais equilibrada.

No Brasil, não existe uma legislação específica que trate dos medicamentos destinados a melhorar a memória e a concentração de pessoas saudáveis. Os nootrópicos foram originalmente desenvolvidos para tratar condições específicas, como déficit de atenção e hiperatividade, e não para melhorar as capacidades cognitivas de indivíduos sem sintomas. No entanto, no caso de receitas adquiridas ilegalmente e de farmácias que vendem esses medicamentos sem a prescrição adequada existem penalidades severas. A portaria 344, de 12 de maio de 1998, da ANVISA, que é responsável por descrever o rol de substâncias que são consideradas drogas para efeitos legais, estabelece todos os critérios para a venda de medicamentos psicotrópicos prescrevendo que qualquer desconformidade com ela poderá configurar os crimes previstos na Lei de Drogas (Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006)

Desta forma, tal comercialização somente será possível mediante a receituário médico e, caso não sejam respeitadas as exigências legais, incorrerá o responsável pela venda no crime de tráfico de drogas.

Os impactos a longo prazo desses medicamentos ainda não são bem compreendidos, e a falta de informações precisas e orientação profissional sobre a eficácia e os efeitos a longo prazo dos nootrópicos contribui para a desinformação e decisões de consumo baseadas em expectativas errôneas. Portanto, é essencial equilibrar a busca por inovação no campo da neurociência com a proteção da saúde individual e coletiva. Isso inclui a necessidade de regulamentações claras, mais estudos sobre o uso em pacientes saudáveis, para se ter uma visão ampla do uso em curto ou longo

prazo para entender melhor os impactos dessas substâncias no cérebro humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso de *smart drugs*, drogas inteligentes ou nootrópicos, para aprimoramento cognitivo tem se tornado cada vez mais comum, refletindo a busca incessante por desempenho otimizado em um mundo altamente competitivo. Originalmente desenvolvidos para tratar condições médicas específicas, agora no início do século XXI esses fármacos estão sendo frequentemente utilizados para melhorar o desempenho acadêmico e profissional.

A internet desempenha um papel crucial na disseminação dessas substâncias, facilitando o acesso e à compra de nootrópicos. Porém, mesmo que ela ofereça diversas informações sobre os diversos produtos disponíveis, estas costumam ser incompletas, deixando lacunas sobre a qualidade do tratamento, a duração, o mecanismo de ação, dentre outros aspectos importantes.

O uso desses medicamentos sem orientação médica coloca a saúde das pessoas em risco, uma vez que não se conhece o impacto desses fármacos em pessoas saudáveis, nem os possíveis efeitos adversos que eles podem ocasionar.

No âmbito legal, além da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro surge como uma ferramenta para proteger os consumidores. A legislação exige transparência e informações precisas sobre os efeitos e riscos dos produtos, conforme estabelecido nos artigos 4º, 6º, inciso III, e 8º da Lei nº 8.078/1990. Isso faz com que os fabricantes e os comerciantes de tais produtos possam ser responsabilizados.

Esse arcabouço jurídico visa assegurar que os consumidores possam tomar decisões informadas e seguras, minimizando os danos à saúde decorrentes do uso indiscriminado de nootrópicos. Além disso, existe a tipificação penal na Lei de Drogas para a venda ilegal dos medicamentos tarja preta e no Brasil, pois é ilícito o uso desses fármacos de forma recreativa.

Outrossim, a mídia e a cultura popular frequentemente moldam a percepção sobre o aprimoramento cognitivo, muitas vezes exagerando os benefícios e minimizando os impactos negativos. Representações como as vistas no filme *Lucy* sublinham a necessidade de uma abordagem equilibrada e fundamentada em evidências científicas ao discutir o potencial humano e os limites do uso de substâncias para modificar o funcionamento cerebral.

Portanto, o fenômeno das *smart drugs* é complexo e demanda um debate contínuo e aprofundado. Políticas públicas e regulamentações são essenciais para orientar o uso responsável dessas substâncias, garantindo que os avanços em neurociência e biotecnologia beneficiem as sociedades sem comprometer a saúde e o bem-estar dos indivíduos. A integração de uma abordagem crítica e informada ao uso de nootrópicos é crucial para enfrentar os desafios associados a essas substâncias e garantir sua utilização segura.

Conclui-se que são necessários mais estudos sobre o uso de nootrópicos em pacientes saudáveis, pois as evidências atuais são insuficientes para uma compreensão abrangente dos efeitos a curto e longo prazo. É fundamental também buscar informações detalhadas sobre a finalidade dos medicamentos e sempre utilizar esses fármacos sob orientação médica, já que muitos medicamentos possuem efeitos colaterais e demandam um entendimento aprofundado para a sua utilização adequada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Prescrição e consumo de metilfenidato no Brasil:** identificando riscos para o monitoramento e controle sanitário. Boletim de Farmacoepidemiologia do SNGPC, ano 2, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em:
http://www.anvisa.gov.br/sngpc/boletins/2012/boletim_sngpc_2_2012_corrigido_2.pdf. Acesso em: 28 ago. 2024.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.** 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALVES, Fabrício Germano. **Direito publicitário:** proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025.

BARROS, Denise; ORTEGA, Francisco. Metilfenidato e aprimoramento cognitivo farmacológico: representações sociais de universitários. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 396-407, 2011.

BECKSTROM, M.; LUND, B. **Casting L: a guide for safe exploration on the Dark Web**. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2019.

BOSTROM, N.; ROACHE, R. Ethical issues in human enhancement. In: RYBERG, J.; PETERSEN, T.; WOLF, C. (org.). **New waves in applied ethics**. London: Palgrave Macmillan, 2007. p. 119-142.

BOYD, D. M. Social Network Sites as Networked Publics: Affordances, Dynamics, and Implications. In: PAPACHARISSI, Z. (ed.). **A Networked Self - Identity, Community, and Culture on Social Network Sites**. New York: Routledge, 2011. p. 39-58.

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

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

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: 28 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde/SNVS. **Portaria nº 344 de 12 de maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial (**EREsp**) nº 1515895 MS 2015/0035424-0. Relator: Ministro Humberto Martins. Data de Julgamento: 20 set. 2017. CE - CORTE ESPECIAL. Data de Publicação: DJe 27 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (**REsp**) nº 716877 / SP (2005/0004852-3). Recorrente: Scania Latin América LTDA. Recorrida: Carlos Augusto dos Santos. Relator: Ari Pargendler. Terceira Turma. Brasília, DF, 22 de março de 2007. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 abr. 2007. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=process>

os.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500048523.
Acesso em: 28 ago. 2024.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula):** histórias de deuses e heróis. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 2002.

CALADO, V. **Novas Substâncias Psicoativas:** o caso da Salvia Divinorum. Lisboa: SICAD, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação:** economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CEDERSTRÖM, Carl. **Like it or not, “smart drugs” are coming to the office.** 2016. Disponível em: <https://hbr.org/2016/05/like-it-or-not-smart-drugs-are-coming-to-the-office>. Acesso em: 28 ago. 2024.

CHINTHAPALLI, K. The billion-dollar business of being smart. **BMJ**, Londres, n. 351, 2015.

COELHO, Vinicius. **Uso indiscriminado do metilfenidato para o melhoramento acadêmico:** Uma revisão de literatura. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Farmácia) - Faculdade Maria Milza, Governador Mangabeira, BA, 2019. Disponível em: <https://www.cff.org.br/noticia.php?id=5279>. Acesso em: 28 ago. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. **Pesquisa realizada pelo Conselho Federal de Farmácia (CFF), por meio do Instituto Datafolha:** o comportamento dos brasileiros em relação à compra e ao uso de medicamentos teve grande repercussão na imprensa nacional. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cff.org.br/noticia.php?id=5279>. Acesso em: 28 ago. 2024.

COVARRUBIAS, Jersain Z. Llamas. Derechos humanos, transhumanismo y posthumanismo: una mejora tecnológica humana. **Derechos Fundamentales a Debate**, n. 12, p. 85-104, 2020. Disponível em: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No12/ADEBATE-12-art5.pdf. Acesso em: 28 ago. 2024.

COVENEY, C. M.; NERLICH, B.; MARTIN, P. Modafinil in the media: metaphors, medicalisation and the body. **Social Science & Medicine**, v. 68, n. 5, p. 958-965, 2009.

DAVIES, Caroline. **Universities told to consider dope tests as student use of ‘smart drugs’ soars.** The Guardian, 2010. Disponível em: <https://www.theguardian.com/education/2010/jan/07/universities-dope-tests-smart-drugs>. Acesso em: 28 ago. 2024.

DESGANTIS, A. D.; WEBB, E. M.; NOAR, S. M. Illicit use of prescription ADHD medications on a college campus: A multimethodological approach. **Journal of American College Health**, v. 57, n. 3, p. 329-335, 2008.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FARAH, Martha. The unknowns of cognitive enhancement. **Science**, v. 350, n. 6259, p. 386-387, 2015.

FERRAZ, F. C. **Normopatia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

FORLINI, Cynthia; GAUTHIER, Serge; RACINE, Eric. Should physicians prescribe cognitive enhancers to healthy individuals? **Canadian Medical Association Journal**, v. 185, n. 12, p. 1017-1018, 2013.

FRANKE, A. G.; LIEB, K.; HILDT, E. What users think about the differences between caffeine and illicit/prescription stimulants for cognitive enhancement. **PLoS ONE**, v. 7, n. 12, 2012.

GENTIL, V. et al. Clomipramine-induced mood and perceived performance changes in selected normal individuals. **Journal of Clinical Psychopharmacology**, v. 27, n. 2, p. 177-182, 2007.

GRÉGOR, Puppinck. **Os direitos do homem desnaturado**. Cascais: Princípia, 2019.

HINE, C. **Ethnography for the Internet**: Embedded, Embodied and Everyday. London: Bloomsbury Academic, 2015.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 21. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

ITABORAHY, Claudia. **A ritalina no Brasil**: uma década de produção, divulgação e consumo. 2009. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em:
http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3630. Acesso em: 28 ago. 2024.

KRAMER, P. D. **Listening to prozac**: a psychiatrist explores antidepressant drugs and the remaking of the self. 1995.

LIMITLESS [seriado]. Direção: Marc Webb. Produção: Craig Sweeny et al. Estados Unidos: CBS Television Studios, 2015. 1 temporada.

LUCY [filme]. Direção: Luc Besson. Produção: Virginie Silla. França: EuropaCorp, 2013.

MAIA, Fidelis. As “DROGAS DA INTELIGÊNCIA”: apropriações e subjetividade no uso de psicofármacos para potencializar o desempenho cognitivo. In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 31., 2018, Brasília, DF. **Anais eletrônicos...** Brasília, DF: Associação Brasileira de Antropologia, 2018. Disponível em:
https://www.31rba.abant.org.br/resources/anais/1/1531776595_ARQUIVO_Asdrogasdainteligencia_FidelisMaia.pdf. Acesso em: 28 ago. 2024.

MAIER, L. J. *et al.* To dope or not to dope: Neuroenhancement with prescription drugs and drugs of abuse among Swiss university students. **PLoS ONE**, v. 8, n. 11, 2013.

MARCOS, Alfredo. Filosofía de la naturaleza humana. **Eikasia. Revista de Filosofía**, Oviedo, ano VI, n. 35, nov. 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASLEN, H.; FAULMÜLLER, N.; SAVULESCU, J. Pharmacological cognitive enhancement - how neuroscientific research could advance ethical debate. **Frontiers in Systems Neuroscience**, v. 8, 2014.

MCCABE, S. E. *et al.* Non-medical use of prescription stimulants among US college students: prevalence and correlates from a national survey. **Addiction**, v. 100, n. 1, p. 96-106, 2005.

MOHAMED, A. D. Neuroethical issues in pharmacological cognitive enhancement. **Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science**, v. 5, n. 5, p. 533-549, 2014.

MOHAMED, A. D.; SAHAKIAN, B. J. The ethics of elective psychopharmacology. **International Journal of Neuropsychopharmacology**, v. 15, n. 4, p. 559-571, 2012.

MORGAN, C. J. A.; CURRAN, H. V.; INDEPENDENT SCIENTIFIC COMMITTEE ON DRUGS. Ketamine use: a review. **Addiction**, v. 112, n. 8, p. 1479-1481, 2017.

MUSIAL, C. D.; SANTOS, D.; ALEXANDRINO, T. A automedicação entre os brasileiros. **SaBios-Revista de Saúde e Biologia**, v. 229, 2007.

ORTEGA, Francisco. *et al.* Ritalin in Brazil: production, discourse and practices. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v. 14, n. 34, p. 817-828, 2010.

RANNENBERG, Kai; ROYER, Denis; DEUKER, André. **The future of identity in the information society**: Challenges and opportunities. New York: Springer, 2009.

RINCÓN, Maria Luciana. “**Pílulas da inteligência**”: será que vale a pena usar essas substâncias? 2015. Disponível em:
<https://saude.abril.com.br/blog/corpo-e-mente/pilulas-da-inteligencia-sera-que-vale-a-pena-usar-essas-substancias/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

ROSKIES, A. Neuroethics for the new millennium. **Neuron**, v. 35, n. 1, p. 21-23, 2002.

SALIB, Marta Luiza Leszczynski. **Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional**: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado. Curitiba: Juruá, 2014.

SATTLER, S. Nonmedical use of prescription drugs for cognitive enhancement as response to chronic stress especially when social support is lacking. **Stress and Health**, v. 35, n. 3, p. 248-257, 2019.

SAVULICH, G. *et al.* Focusing the Neuroscience and Societal Implications of Cognitive Enhancers. **Clinical Pharmacology & Therapeutics**, v. 101, n. 2, p. 170-172, 2017.

SCHESKE, Christel; SCHNALL, Simone. The ethics of “smart drugs”: Moral judgments about healthy people’s use of cognitive-enhancing drugs, **Plos ONE**, v. 7, n. 10, 2012.

SHERMAN, C.; PRICE, G. **The invisible web**: uncovering information sources searches engines can’t see. Medford: Cyberage Books, 2001.

SINGH, I.; BARD, I.; JACKSON, J. Robust resilience and substantial interest: a survey of pharmacological cognitive enhancement among university students in the UK and Ireland. **PLoS ONE**, v. 9, n. 10, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual, volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

TURNER, Danielle; SAHAKIAN, Barbara. **The cognition enhanced classroom.** Demos, 2011. Disponível em:
<https://www.demos.co.uk/files/File/BH-7.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.

URBAN, K. R.; GAO, W. J. Performance enhancement at the cost of potential brain plasticity: neural ramifications of nootropic drugs in the healthy developing brain. **Frontiers in Systems Neuroscience**, v. 8, 2014.

WADE, L.; FORLINI, C.; RACINE, E. "Generating genius: how an Alzheimer's drug became considered a 'cognitive enhancer' for healthy individuals". **BMC Medical Ethics**, v. 15, n. 37, 2014.

WASSERMAN, J. A.; FITZGERALD, J. E.; SUNNY, N. E. "Smart drugs" as common as coffee: Media hype about neuroenhancement. **PLoS ONE**, v. 9, n. 11, 2014.

WILLIAMS, S.; MARTIN, P.; GABE, J. "The pharmaceuticalisation of society? A framework for analysis". **Sociology of Health & Illness**, v. 33, n. 5, p. 710-725, 2011.

Recebido em: 02/09/2024
Aceito em: 05/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11550



A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E O ENFRENTAMENTO DO SISTEMA CAPITALISTA-NEOLIBERAL NO PENSAMENTO DE LENIO STRECK

THE PRECARIZATION OF WORK AND COPING WITH THE CAPITALIST-NEOLIBERAL SYSTEM IN THE THOUGHT OF LENIO STRECK

*Walkyria Paiva
Marinho da Silva*

Graduada no curso de Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE, mestranda em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, servidora pública do Poder Judiciário de Pernambuco.

walkyria.paiva@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-8814-0931>

Ana Celia Querino

Advogada, pesquisadora e professora universitária. Graduada em Direito.

Graduada em Gestão Ambiental. Especialista em Direito Ambiental. Pós-graduada em Antropologia. Mestre e

Doutora em Direitos Coletivos e Cidadania com bolsa pela CAPES.

Autora de vários artigos e capítulos de livros além de co-autora e organizadora da obra Direito Ambiental, tomos I e II. Presidente da Comissão de Direito Ambiental da 51.

Subseção da OAB/MG.

ana.celia.querino@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2851-7082>

RESUMO: O presente trabalho tratou de analisar a precarização do trabalho, através da conjuntura atual da expansão do pensamento neoliberal. O objetivo principal foi verificar as novas formas de trabalho decorrentes desse modelo de pensamento, utilizando-se de pesquisa bibliográfica através de livros e artigos científicos, bem como em sites (google acadêmico e scielo) acerca dos assuntos correlatos ao tema. Ademais, pretendeu-se analisar, em breve síntese, o sistema capitalista contemporâneo e fazer um contraponto entre o neoliberalismo e a democracia como modelos que se repelem, no âmbito da temática desta pesquisa. Por fim, concluiu-se que, apesar do esvaziamento crescente dos direitos fundamentais em nome de um sistema perverso que se sobrepõe ao bem comum dos cidadãos e da coletividade, é possível vislumbrar a justiça social, como elemento de resgate do espírito da nova ordem internacional instituída pós-guerra, a qual estabeleceu os direitos fundamentais-sociais com o fim de salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Neoliberalismo; Precarização do trabalho; Justiça social; Pensamento de Lenio Streck.

ABSTRACT: This work sought to analyze the precariousness of work, through the current situation of the expansion of neoliberal thought. The main objective was to verify the new ways of working resulting from this model of thinking, using bibliographical research through books and scientific articles, as well as on websites (google academic and scielo) on subjects related to the topic. Furthermore, we intended to analyze, in brief synthesis, the contemporary capitalist system and make a counterpoint between neoliberalism and democracy as models that repel each other, within the scope of the theme of this research. Finally, it was concluded that, despite the increasing emptying of fundamental rights in the name of a perverse system that overrides the common good of citizens and the community, it is possible to envision social justice, as an element of rescuing the spirit of the new international order instituted post-war, which established fundamental social rights in order to safeguard the dignity of the human person.

KEYWORDS: Neoliberalism; Precariousness of work; Social justice; Thought of Lenio Streck.

Como citar: SILVA, Walkyria Paiva Marinho da; QUERINO, Ana Celia. A precarização do trabalho e o enfrentamento do sistema capitalista-neoliberal no pensamento de Lenio Streck. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 227-243, 2025.

INTRODUÇÃO

O tema proposto terá como objetivo analisar as novas formas de trabalho impostas pelo sistema capitalista, tendo em vista o avanço do pensamento neoliberal que tem levado à crescente precarização do trabalho. A escolha do tema se dá pela emergência em se estudar esse fenômeno e para compreender como ele tem afetado os trabalhadores e trabalhadoras do mundo e, em especial, no Brasil.

Torna-se urgente o debate sobre o tema diante das consequências desastrosas no mundo do trabalho, impondo a uma boa parte da população global insegurança de toda a ordem pelas incertezas geradas.

O estudo se utilizará do método da pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos, além de busca nos sites *scielo* e *google acadêmico* acerca do tema proposto, utilizando-se as palavras: precarização do trabalho, capitalismo, neoliberalismo, globalização, justiça social.

Inicialmente, serão abordados, em breve síntese, os efeitos do capitalismo contemporâneo, bem como será realizada uma análise entre o neoliberalismo e a democracia, com realce nos contrapontos desses dois modelos, dentro da temática da pesquisa.

Em seguida, será discutido o resgate da força normativa da Constituição de 1988 e as possibilidades de construção de uma democracia forte com a participação da população, apesar do cenário desafiador, com destaque à compreensão do novo contrato social cada vez mais excludente.

Por fim, as considerações finais serão no sentido de questionar a possibilidade de, em meio a esse contexto desafiador e cruel, pensar em uma justiça social como algo palpável, resgatando ideais pós-guerra mundial, onde os horrores desse conflito fizeram surgir uma nova ordem internacional, além de vislumbrar um estado moderno forte e uma atuação firme do poder judiciário na concretude dos direitos fundamentais-sociais, proclamados no texto da Constituição Federal de 1988.

O método utilizado para o desenvolvimento do tema proposto será o dedutivo, com pesquisas a partir de autores e pesquisadores que estudam temas correlatos ao objeto de estudo.

1. CAPITALISMO, NEOLIBERALISMO E DEMOCRACIA: MODELOS QUE SE CONTRAPÔEM

O capitalismo contemporâneo, com a força da globalização, rompeu as fronteiras dos países pela corrida desenfreada do lucro, ignorando as garantias alcançadas pela legislação de cada nação, muitas delas construídas ao custo de longas e exaustivas lutas dos trabalhadores que se veem desiludidos e desestimulados a continuar com as ações que garantam os direitos conquistados. Também se aproveitam das fragilidades existentes em países mais pobres que sequer possuem legislações garantidoras de direitos.

Esse sistema econômico recrudesceu com o movimento ultraliberal que tem como faceta o enfraquecimento do Estado e, notadamente, a desregulamentação de normas trabalhistas, desprotegendo o trabalhador. Aqui no Brasil assistimos a flexibilização de vários direitos trabalhistas por anos conquistados e o crescente desamparo dos trabalhadores(as).

Como avalia Lenio Streck:

A globalização excluente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira (Streck, 2003, p. 278).

A ideologia ultraliberal, somadas à era digital e à globalização, transformaram profundamente o mundo do trabalho e solaparam os alicerces propostos na Constituição de 1988 para a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo a proteção do trabalho. Nem mesmo o espírito da nova ordem constitucional foi poupar das intervenções do “mercado”, cujo “humor” determina as regras a serem seguidas.

Para além da eliminação de inúmeros postos de trabalho, o que se vê é a precarização das atuais formas de trabalho demonstrada pela baixa remuneração, insegurança profissional, ausência de segurança social, dentre outras perdas históricas. O(a) trabalhador(a) em geral assiste ao fechamento dos postos de trabalho e se veem sem muita saída a não ser aceitar as regras atuais dos contratos de trabalho e a retirada dos direitos.

Esse processo, com a expansão da era digital e da inteligência artificial, banirá de maneira ainda mais crescente um número inimaginável de força de trabalho. O que restará será uma mão de obra desnecessária e descartável sem qualquer perspectiva de futuro, invisível para a sociedade.

Essa nova era, denominada pelos seus formuladores de Indústria 4.0, sucede às três fases da Revolução Industrial e, segundo Ricardo Antunes:

[...] consolidará, sempre segundo a propositura empresarial, a hegemonia informacional-digital no mundo produtivo, com os celulares, tablets, smartphones e assemelhados controlando, supervisionando e comandando essa nova etapa da ciberindústria do século XXI (Antunes, 2020, p. 40).

Ao mesmo tempo que se vê a evolução da tecnologia e da automação nas linhas de produção, uma grande massa de trabalhadores e trabalhadoras, tratados como mão de obra abundante e barata, se expande a serviço de grandes corporações, submetidos a jornadas de trabalho exaustivas e em locais insalubres, principalmente em países da América Latina e da Ásia.

Essa é a contradição do mundo do trabalho cada vez mais tecnológico e ao mesmo tempo cada vez mais opressor, pois o lucro do capital é alimentado por essa grande massa de mão de obra precarizada. A esse grande contingente de pessoas sobram trabalhos exaustivos, subvalorizados, mas de grande valor para alimentar as grandes corporações.

Exemplos não faltam. A indústria da moda se utiliza até de mão de obra de crianças para confeccionar calçados com remuneração vergonhosa. Confecções espalhadas pelos países periféricos utilizam mão de obra equiparada à escravidão. Pessoas são trancafiadas para trabalhar durante horas sem ter o mínimo para uma vida decente. E por aí vai.

Nesse modelo, o ser humano é avaliado como “coisa”, ou seja, pela utilidade, e não como um sujeito de direitos, fazendo do “trabalho” uma mercadoria, assim como o produto e a moeda, e o trabalhador como “capital humano”. Tal situação tem levado grande parte dos trabalhadores para uma zona de total insegurança com empregos cada vez mais escassos e precarizados.

O sentido da democracia é a igualdade do cidadão no exercício dos seus direitos. Quando observada a ausência dessa igualdade, ocasionada por diversos fatores, o resultado é a exclusão de parcela da população da

participação política, perdendo-se o real sentido da palavra que nada mais é que o governo pelo povo e para o povo e não apenas para uma parte dele. De acordo com a Constituição Federal, vivemos em um regime democrático de direito, mas estamos longe de alcançar a plenitude dessa palavra.

Para Lenio Streck:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais. É desse laime indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais (Streck, 2003, p. 261).

Diante desse panorama, vivemos uma crise do direito, segundo Streck: “Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado democrático de Direito) não nasceu ainda” (2003, p. 259).

No Brasil, com a promulgação da Constituição/1988, os direitos fundamentais foram integrados ao texto constitucional, no entanto, percebe-se a ausência de efetividade desses direitos. Muitos deles sequer foram regulamentados e aguardam até hoje a vontade do legislador, a exemplo do art. 37, VII que trata do direito de greve do funcionalismo público e do art. 176, § 1º que trata da mineração em terras indígenas.

O que se assiste é um retrocesso crescente com a extinção de muitos direitos ou a burla deles, provocado pela ascensão do neoliberalismo cada vez mais forte e pela sujeição do Estado aos apelos do “mercado”.

Wendy Brown, em seu livro “*Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no Ocidente*”, assevera que:

Segundo o critério de igualdade política, aquilo que se costuma chamar, de modo variado, de democracias liberais, burguesas ou capitalistas nunca foram democracias plenas, e quaisquer que sejam suas disposições democráticas, elas vêm sendo constantemente enfraquecidas nas últimas décadas (Brown, 2019, p. 34).

Esse cenário é tão comum quanto perverso. Os governos ditos democráticos cada vez mais sucumbem às exigências do pensamento neoliberal, que tem como uma das características o enfraquecimento, o

esfacelamento, a destruição da democracia, assim como a diminuição cada vez maior do Estado na participação dos serviços e das políticas públicas.

A privatização de setores do serviço público é uma das causas dessa política de enfraquecimento do Estado, entregando o patrimônio do país, em sua maior parte, a empresas internacionais ou até mesmo a outros países, para administração de serviços essenciais, como, por exemplo, o setor elétrico.

Assistimos em vários governos a sanha da privatização de serviços essenciais e como determinados serviços vem trazendo prejuízos para a população. Vemos em muitos casos o sucateamento das empresas e a diminuição do quadro de funcionários em favor do lucro, como no caso da empresa de energia do estado de São Paulo, que durante fortes chuvas mostrou a ineficiência da restauração do serviço, deixando bairros inteiros sem energia por dias, acarretando prejuízos de toda ordem.

Jessé Souza critica a visão da criminalização do Estado, pelo discurso da corrupção, como sendo o fundamento para as privatizações e para o Estado mínimo. Ele rebate a tese de estado patrimonialista por partir de falsos pressupostos no intuito de permitir a manutenção dos privilégios da elite:

A meu ver é precisamente esse “golpe de mestre” de ter conseguido transformar uma ideia conservadora e que, na verdade, assegura a permanência de privilégios injustos, com aparência de crítica social, o que explica, a despeito de sua fragilidade teórica evidente, a extraordinária longevidade e eficácia dessa ideia entre nós (Souza, 2009, p. 68).

[...]

Por isso todos falam em “cortar gastos do Estado” como um bem em si, para além de qualquer justificação, porque o Estado, de todo modo, apenas gere mal, por definição, todos recursos. Melhor deixar esse dinheiro com o mercado, que gere recursos, por definição, com eficiência (Souza, 2009, p.71).

[...]

Mesmo essa realidade do ‘hipereconomicismo’ que nos coloniza é, antes de tudo, um produto de ideias, precisamente de um tipo de liberalismo mesquinho e redutor, que sob a aparência de ‘crítica social’ reproduz, na verdade, um consenso social responsável por uma das mais injustas e perversas sociedades do planeta (Souza, 2009, p. 71).

A ideia de que o Estado deve conter seus “gastos” esconde que os tais “gastos” são investimentos em serviços essenciais, como: saúde, educação, saneamento básico e água de qualidade etc., tão importantes para o desenvolvimento do país e de seus cidadãos, mas que são passados como meros “gastos” como se todo o investimento fosse empregado de forma irresponsável.

É claro que o dinheiro público tem que ser fiscalizado, tendo como órgão fiscalizador por excelência o poder legislativo, seja na esfera federal, estadual ou municipal, além das regras impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e outros órgãos de fiscalização que faz parte da administração pública. Essa razão não é nem de longe razoável.

Essa face da corrente neoliberal é apenas uma de suas contradições, uma vez que prima tanto pela liberdade, pelo livre comércio, pela livre iniciativa, mas que admite e até financia governos autoritários, a exemplo do que ocorreu no Chile, durante a ditadura de Pinochet, onde foi implementado o modelo baseado na Escola de Chicago.

Para Jorge Luis Inzunga:

Em estreita associação com a penetração político-econômica dos Estados Unidos em nossa região, as políticas neoliberais entraram fortemente promovidas por uma camada de jovens economistas formados especialmente na Escola de Chicago. O Chile foi um dos países onde esta escola de pensamento conseguiu se instalar com mais abrangência, fato facilitado pela hegemonia que alcançou durante a ditadura militar e a aplicação de seus preceitos não só em determinadas políticas públicas, mas também na concepção ampla do papel do Estado e sua consolidação na Carta Constitucional de 1980 (INZUNGA, 2013, p. 62).

Durante aquele período foram realizadas várias reformas no setor econômico, reduzindo-se drasticamente os investimentos públicos e favorecendo-se o aumento do capital privado. Um dos serviços entregues ao setor privado foi a previdência social, cujos efeitos nocivos se percebem até hoje.

As consequências das reformas implementadas no Chile ainda são sentidas na população, sobretudo pelos idosos, que se veem desamparados na fase de maior vulnerabilidade. Os números assustam, como segue:

Em 2017, na população com 60 anos ou mais, 22,1% viviam em situação de pobreza multidimensional. Após a reforma de 2008, apesar do aumento de aposentados que receberam algum tipo de benefício (contributivo ou não contributivo), houve aumento do número de aposentados ou pensionistas que trabalham, de 8,5% em 2009 para 14% em 2017. Os problemas de saúde mental da população idosa preocupam e o Chile apresenta altas taxas de suicídio entre idosos. Em 2016, a taxa de mortalidade por suicídio para a população chilena foi de 10,2 por 100 mil habitantes; na faixa etária de 60 a 64 anos, a taxa foi de 12,0, e na de 80 anos ou mais, de 16,2 (OLIVEIRA; MACHADO; HEIN, 2019, p. 4).

Essa é apenas uma das características do pensamento neoliberal, a diminuição da atuação do Estado, que, atuando bem ou mal, é quem implementa políticas sociais visando os mais vulneráveis. O intuito é fortalecer o capital privado, mantendo a hegemonia da classe dominante, detentora do capital e dos meios de produção, além daqueles que vivem da especulação e endividamento dos países periféricos, os quais também são os fornecedores de mão de obra barata e excedente.

Além disso, o sistema depende de uma parcela da população fora do mercado de trabalho; com isso ele reforça o desemprego, criando um contingente de pessoas sem trabalho, dispostas a aceitar qualquer tipo de ocupação que lhe ofereçam. Isso impacta diretamente nas relações de trabalho, resultando na perda de negociação entre empregado e empregador e diminuindo a resistência à exploração, pois lá fora tem muitos que aceitarão o lugar de quem está insatisfeito por falta de opção. As consequências são jornadas cada vez mais excessivas de trabalho e salário cada vez mais baixos. Um retrocesso em relação aos resultados obtidos pelos movimentos dos trabalhadores em busca dos direitos sociais.

Nos tempos do liberalismo, o mercado foi tendo mais prioridade do que a vida social, por conta de suas demandas, pressões e exigências, provocando muita instabilidade e sentimento de fracasso, pois faz parte dessa ideologia que aquele que não trabalha e que não tem sucesso se encontra nessa condição pelo resultado de seu desempenho pessoal, a chamada meritocracia.

Essa linha de pensamento enaltece aqueles com sucesso profissional, disseminando a ideia de que os objetivos foram alcançados através do merecimento, ou seja, eles fizeram por merecer o lugar que ocupam, enquanto os outros não se esforçaram o bastante para obter o sucesso.

Esse é outro lado perverso do neoliberalismo e demonstra o quanto ele pode violentar as pessoas. Na verdade, a meritocracia é um pensamento que visa justificar o sucesso de alguns e o fracasso de tantos, sem considerar o contexto social, que leva um contingente de pessoas à marginalização e a serem consideradas descartáveis, sobretudo, porque no capitalismo é o consumo (o ter) que define a pessoa.

Esse cenário também é propício para novas formas de trabalho a exemplo da terceirização, empregos temporários, contratos intermitentes, sem

CLT e, mais atualmente, a criação da pessoa jurídica (em flagrante relação de trabalho), como clara forma de isenção das obrigações trabalhistas. Muitas dessas modalidades estão previstas pela reforma trabalhista efetuada no governo Temer, mas são desvirtuadas pela ganância das empresas. Essa burla amplia ilegalmente esses modelos.

No tocante aos terceirizados, o Brasil tem adotado nas últimas décadas um número cada vez maior em todos os setores, inclusive na atividade-fim das empresas, chegando a números de três a quatro vezes mais do que os efetivos. Essa é uma forma legal de precarizar a relação de trabalho e aumentar o lucro, principal objetivo do “mercado”. Mais uma vez o poder público se sujeita aos humores do “mercado” em detrimento da população.

Em nome da falaciosa “melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço”, o PL 4.330 (renomeado como PLC 30, finalmente aprovado pelo Senado) eliminou de uma só vez a disjuntiva (já limitada) existente entre as atividades-meio e as atividades-fim, rasgando de fato a CLT. Em tese, praticamente todas as modalidades de trabalho estarão sujeitas à terceirização. Não só quem exerce atividades de limpeza, transporte, alimentação, call-center, etc., mas até os pilotos e copilotos de aeronaves poderão ser contratados no sistema de terceirização total que o capital querem impor à classe trabalhadora (Antunes, 2020, p. 172).

Como exemplo, Ricardo Antunes sintetiza que “Na indústria do petróleo, no período de 2000 a 2013, o número de terceirizados cresceu 631,8%, enquanto os funcionários próprios (contratados em regime de CLT) aumentaram em 121%” (2020, p. 162).

A precariedade dessa modalidade de trabalho se verifica na jornada de trabalho mais excessiva, nos salários mais baixos, com mais instabilidade (maior rotatividade) e menos direitos, além de ser a categoria que mais contabilizam mortes e acidentes, se comparados aos efetivos. Tudo isso são frutos das condições de trabalho, da falta de medidas preventivas, das longas jornadas de trabalho e da maior exposição aos riscos (Antunes, 2020, p. 163-164).

A construção civil lidera o ranking de acidentes de trabalho, o que é explicado pela negligência das construtoras em relação às normas de saúde e segurança. É também um setor conhecido por, tradicionalmente, recorrer à terceirização, com as redes de subcontratações e o uso da intermediação de mão de obra, do ‘gato’ (Antunes, 2020, p. 165).

Esse é o preço que esse modelo impõe para a obtenção de lucros cada vez maiores e sem a preocupação de serem responsabilizados, afinal ele tem a seu favor uma normatização das relações de trabalho frágil e fragmentada.

O autônomo é outra categoria incentivada por esse modelo, tratando-o como empreendedor, como patrão de si mesmo. Só que, na maioria das vezes, o trabalho dos autônomos mal lhe permite ter o suficiente para a sobrevivência, como é o caso dos motoristas de aplicativo, os entregadores de aplicativo, que para suprir suas necessidades laboram em jornadas excessivas, sem qualquer amparo social em casos de doenças e acidentes.

Some-se a esses trabalhadores outros tantos pequenos empreendedores nas diversas áreas de serviços, incentivados a seguirem caminhos solitários sem qualquer amparo estatal, nem mesmo nos momentos adversos.

É mais uma farsa perversa do neoliberalismo, isolando cada vez mais as categorias de trabalhadores com incentivos a buscar o empreendedorismo, o individualismo (cada um por si). Isolados, eles perdem a força dos movimentos sociais, tão importantes na luta pelos direitos conquistados.

Nesse panorama, se verifica outra característica marcante do neoliberalismo que é o ataque ao social. O que se prega é o reforço ao individualismo, desvinculando o trabalhador com a categoria, com os movimentos sindicais e com os movimentos sociais em geral. O indivíduo isolado se torna ainda mais impotente contra a exploração e a opressão que o sistema promove. Isolado, ele se torna frágil e desprovido de ação para enfrentar esse sistema que oprime e explora sem qualquer piedade.

Como analisa Wendy Brow:

À medida que o ataque ao social derrota a compreensão democrática de sociedade zelada por um povo caracterizado pela diversidade e habilitado a governar a si de forma igualitária e compartilhada, a política se torna um campo de posicionamento extremo e intransigente, e a liberdade se torna um direito de apropriação, ruptura e até mesmo destruição do social – seu inimigo declarado (Brown, 2019, p. 39).

Essa desconstrução do coletivo, do compartilhamento faz com que todos sejam concorrentes entre si, favorecendo a decomposição dos laços sociais e, consequentemente, eliminando a força de resistência, sobretudo contra a retirada de direitos historicamente conquistados pelos movimentos

coletivos. Perde-se a noção de cidadania, favorecendo as formas antidemocráticas de poder.

Assim assevera Brown:

[...] o social é o que nos conecta de maneiras que excedem os laços pessoais, a troca de mercado ou a cidadania abstrata. É lá que nós, como indivíduos ou uma nação, praticamos ou falhamos em praticar a justiça, a decência, a civilidade e o cuidado, para além dos códigos do instrumentalismo e do familialismo de mercado. E é aí que a igualdade política, essencial à democracia, é feita ou desfeita (Brown, 2019, p. 53).

Essa faceta do neoliberalismo reforça e legitima a desigualdade e de forma clara promove ataque aos indivíduos mais vulneráveis e que estão na condição de precariedade, invisíveis e descartáveis. Essa parte da população mais vulnerável é a que mais sofre com esse modelo excluente e opressor, diante do contexto social em que vive e da ausência do Estado.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

No Brasil, a Constituição de 1988 apresentou um avanço significativo, estabelecendo os alicerces para se alcançar um Estado Social, ao acolher em seu bojo “as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos humanos-fundamentais” (Streck, 2003, p. 275). O espírito do constituinte foi movido pela ruptura do regime ditatorial e trouxe para a nova constituição princípios que exprimem liberdade e igualdade, além de direitos sociais para a população.

De acordo com Streck:

Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas, questão que exsurge claramente de dicção do art. 3º do texto magno (Streck, 2003, 278).

O que Streck defende é uma interpretação da Constituição que assegure força normativa e capacidade para concretizar os fins do Estado Social como forma de inserir o Estado Nacional “na seara da pós-modernidade globalizante” (2003, p. 279). Ele defende a efetividade dos direitos garantidos

na norma constitucional, de modo que a finalidade do Estado social democrático seja alcançada. Dessa forma:

[...] descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de ‘meios’ aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo conteudístico que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo (Streck, 2003, p. 279).

Nesse sentido, o que se espera do legislador e do aplicador do direito é a leitura e interpretação das normas constitucionais nos termos em que os constituintes almejaram, principalmente porque imbuídos pelos sentimentos pós ditadura militar, período que impôs ao país durante vinte anos a perda do exercício de inúmeros direitos básicos, significando naquele momento o retorno das liberdades, dos direitos fundamentais e de uma nova ordem constitucional.

O pensamento de Streck tem como base o respeito aos direitos fundamentais elencados no corpo da Constituição de 1988, defendendo a atuação do Poder Judiciário como elemento fundamental para conceder a força normativa desses direitos, ao decidir, no caso concreto, por sua aplicação.

Para tanto, é preciso que os grupos marginais, entendendo aqui como aqueles destituídos de força política, tenha acesso aos meios judiciais cabíveis para reivindicar os direitos vilipendiados e aqueles que sequer foram implementados. Isso também diz respeito ao direito constitucionalmente garantido de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Segundo Capelletti:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (Capelletti, 1988, p. 11-12).

Não adianta apenas leis que garantam os direitos, mas é necessário, quando desrespeitados, que o indivíduo tenha o devido acesso à justiça, sendo este considerado também um direito fundamental de todo cidadão.

Em sua Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia – TCDAPMT, Streck assim assevera:

O modelo substancialista – que, em parte, aqui subscrevo, ressalvando sempre o problema do “fundamento” da Constituição, que não pode ser entendida como uma categoria ou hipótese, mas, antes disso, como um paradoxo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico e não como um ponto de partida congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o poder judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional (Streck, 2003, p. 271).

A pretensão é de um poder judiciário que atue em defesa dos direitos fundamentais e, especificamente aqui no Brasil, que interprete o texto constitucional conforme almejado pelos constituintes, sobretudo no sentido de implementar “as promessas da modernidade incumpridas” (Streck, 2003, p. 276). Muitos direitos sequer foram regulamentados e é o intérprete do direito que deve fazê-lo, sob pena de esvaziar o texto constitucional.

Em outra vertente, Alain Supiot, em sua obra *O Espírito de Filadélfia*, nos propõe a reatar com a nova ordem internacional, não mais baseada na força, mas no direito e na justiça, a qual foi consolidada na Declaração sobre os fins e os objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ocorrida em 10 de maio de 1944, em Filadélfia, iniciativa brotada após a barbárie resultante das duas guerras mundiais e dos horrores ocorridos.

Essa Declaração é considerada um documento desbravador, cujo objetivo foi elevar o princípio da justiça social como base para a nova ordem internacional. O pioneirismo desse documento abriu caminho para a criação, em 1945, da Organização das Nações Unidas (ONU) e, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, por sua vez, inspirou as Constituições de muitos países signatários.

Supiot assim analisa:

Proclamando que “o trabalho não é uma mercadoria”, e exigindo “a extensão das medidas de segurança social a fim de garantir uma remuneração de base a todos que necessitam dessa proteção, assim como de cuidados médicos completos”, a Declaração de Filadélfia comprometia os Estados a possuírem um Direito do Trabalho e da Seguridade Social destinados a garantir a segurança física e econômica dos assalariados e de suas famílias, ou seja, a colocar os

esteios jurídicos indispensáveis aos funcionamentos dos mercados de trabalho por todo o tempo das sucessivas gerações (Supiot, 2014, p. 53-54).

No entanto, para este autor, no contexto atual “o Mercado constitui a instância suprema reguladora dos negócios do mundo, aquela que deve ditar, sem apelação, o tipo de direção das empresas e a política econômica dos Estados em toda a superfície do globo” (Supiot, 2014, p. 85).

A questão é saber se há possibilidade em trazer para nossa realidade esse espírito desbravador, ainda que o sistema nos conduza ao caminho inverso e ainda que as democracias tenham demonstrado pouco ou quase nenhuma resistência frente às pressões do capital.

Mesmo que Boaventura Sousa Santos acene para um cenário desafiador, ele aponta que:

Há hoje em dia, por todo o mundo, um sem número de exemplos concretos de experiências políticas de redistribuição democrática dos recursos resultante da democracia participativa ou de um misto de democracia participativa e representativa (Santos, 2003, p. 66).

Para esse autor, essas experiências políticas propiciam que o Estado moderno se torne “no mais recente dos movimentos sociais”, modificando estrategicamente seu papel através de experiências diversas, mesmo que contraditórias, permitindo diferentes soluções, as quais devem passar necessariamente pela avaliação dos cidadãos. A participação da população é essencial para demonstrar a eficiência no uso das regras democráticas. “Só assim o combate democrático poderá verdadeiramente tornar-se num combate por alternativas democráticas” (Santos, 2003, p. 68).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se vê, nas últimas décadas, é o avanço do pensamento neoliberal no setor econômico e de forma globalizante, principalmente nos países periféricos, fato que afeta sobretudo o exercício da democracia e a realização de um Estado Democrático Social de Direito.

Os efeitos do neoliberalismo e da globalização, na concepção de Boaventura Souza Santos, estabelece o novo contrato social, o qual tem sido

reproduzido em termos intensamente injustos, inclusive e sobretudo em relação à classe trabalhadora.

Assim avalia Santos:

[...] a nova contratualização é um falso contrato, uma mera aparência de um compromisso constituído por condições tão custosas quanto inescapáveis, e imposta sem discussão à parte mais fraca. Sob a capa de um contrato, a nova contratualização prefigura o ressurgimento do *status*, isto é, dos princípios da ordem hierárquica pré-moderna, em que as condições das relações sociais estavam diretamente ligadas à posição das partes na hierarquia social.

[...]

O novo contratualismo reproduz-se, assim, através de termos contratuais profundamente injustos. (SANTOS, 2003, p. 17-18).

Como dito, a base desse sistema que envolve o mundo globalizado se evidencia ainda mais nas relações de trabalho. Nos empreendimentos modernos, impõe-se cada vez mais a flexibilidade nas relações de trabalho, ou seja: sem jornadas pré-determinadas, sem espaço laboral definido, sem remuneração fixa, sem direitos, nem mesmo de organização sindical.

Essa situação conduz a classe trabalhadora a situações degradantes com trabalhos mal remunerados e sem direitos básicos, deixando-os à mercê das “predisposições” do mercado. Ou com vínculos precários, como os trabalhos autônomos (MEI, PJ, etc), que na verdade são relações de trabalho desvirtuadas, pois retiram desses trabalhadores os direitos correspondentes.

Essas mudanças são sentidas e percebidas pelos trabalhadores e trabalhadoras de todo o mundo e tem sido alvo de inúmeras resistências, mesmo que sem muito sucesso ou, quando muito, com ganho de algumas concessões.

E para reforçar ainda mais os fracassos das resistências, o que se percebe é uma contínua desmobilização dos trabalhadores, por imposição do sistema, que prioriza e incentiva o individualismo e nega o social com o propósito de enfraquecer os movimentos coletivos. Essa desmobilização proposital dos trabalhadores enfraquece as lutas em defesa dos direitos tão bravamente conquistados.

Com o crescimento do trabalho em home office, esse distanciamento é ainda mais reforçado, diminuindo ainda mais a força da categoria. Trabalhadores isolados e sem vínculo social só servem para o

enfraquecimento da categoria e consequente fragilidade diante da potência do “mercado”.

Por isso, o Estado moderno tem que se mostrar forte diante dessa perversa realidade para poder proteger os direitos daqueles que vem sofrendo perdas cada vez maiores, além daqueles desprovidos de qualquer direito.

Espera-se que o poder judiciário exerça sua função primária que é a de proteção aos direitos fundamentais-sociais, alçados na Constituição Federal de 1988, caso contrário, avalia Streck:

[...] a ausência de função social do Direito e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete ser-no-mundo e ser-com-os-outros, perde-se em meio a uma “baixa constitucionalidade”, composta por um discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira (Streck, 2003, p. 285).

Analizando por esse prisma, vislumbra-se a possibilidade de que o direito pode ser um instrumento de transformação e de emancipação social, na medida em que o intérprete das normas jurídicas atue a partir da compreensão do sentido dos valores constitucionais. Para Streck:

[...] a inserção da justiça constitucional no contexto da realização dos direitos fundamentais-sociais deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito (Streck, 2003, p. 292).

É a partir desse paradigma de esperança e confiança que se espera almejar a inversão dos valores instituídos pelo perverso sistema capitalista-neoliberal para, enfim, restabelecer os direitos fundamentais-sociais tão bravamente conquistados, numa eterna busca de igualdade e soberania nacional contra a força da globalização.

O retorno ao espírito de Filadélfia é um manifesto para o resgate dos valores ali expressos diante de um momento da história que sacudiu o mundo com a aniquilação de princípios humanísticos e, em consequência, de milhares de vidas.

O chamamento para o fortalecimento e atuação concreta do poder judiciário diante das injustiças vivenciadas no presente é o caminho para se alcançar o real significado do Estado Social Democrático de Direito e

consolidar de uma vez por todas os princípios da Constituição Federal/88 por meio da efetivação dos direitos fundamentais ali elencados.

Para concluir, deixo um trecho do livro “O espírito de Filadélfia”:

Ser fiel ao espírito de Filadélfia significa traçar vias de futuro, na medida dos tempos presentes. Isso pressupõe evadir-se do mundo plano e sem horizonte da dogmática ultraliberal, e reencontrar o uso dos cinco sentidos, fortemente amortecidos por trinta anos de política de ajustamento do homem às necessidades das finanças: o sentido dos limites, da medida, da ação, da responsabilidade e da solidariedade (Supiot, 2014, p. 86).

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços da era digital** / Ricardo Antunes. – 2. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2020.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente**. São Paulo: Politeia, 2019.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

INZUNGA H., Jorge Luis. **O neoliberalismo nas políticas educativas no Chile: da imposição ao consenso**. FOCO – Ano 4 – N° 5 – Julho/Dezembro 2013.

OLIVEIRA, Sulen; MACHADO, Cristiani; HEIN, Aléx. **Reformas da Previdência Social no Chile: lições para o Brasil**. Cadernos de Saúde Pública 2019; 35(5): e00045219.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, Maio 2003: 3-76.

SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira: Quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos – Volume 8 – N° 2 – p. 257-301, maio/ago. 2003.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**/Alain Supiot, traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. – Porto Alegre: Sulina, 2014.

Recebido em: 17/12/2024
Aceito em: 05/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11823



O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.326.541/SP E O RISCO DE RETROCESSO PARA A POLÍTICA DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO

EXTRAORDINARY APPEAL 1,326,541/SP AND THE RISK OF SETBACK FOR THE POLICY OF VALUING PROFESSIONALS IN PUBLIC TEACHING

*Rodrigo de Almeida
Leite*

Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Campus Governador Valadares. Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa e Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

rodrigo.leite@ufjf.br

<https://orcid.org/0000-0002-6722-4493>

RESUMO: A política de valorização dos profissionais do magistério básico corre sério risco de retrocesso com o Recurso Extraordinário n. 1.326.541, em julgamento no Supremo Tribunal Federal. Neste processo, irá ser decidido se os percentuais de reajustes concedidos pelo Governo Federal ao piso salarial dos professores devem ser concedidos automaticamente para todos os profissionais, ou se do contrário, o reajuste vale apenas para os docentes que recebem menos que o piso reajustado. Para analisar esta ação, utilizaremos do método de estudo exploratório, tendo como fonte de dados os documentos do processo, a legislação e jurisprudência aplicada ao caso, bem como doutrina especializada. Os resultados da análise demonstram que a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça já milita em favor da incidência automática dos reflexos do reajuste do piso salarial em toda a carreira do magistério, desde que previsto este escalonamento na lei do plano de carreira dos professores, e que a Lei de Responsabilidade Fiscal isenta de responsabilização o gestor público caso os reajustes concedidos extrapolem o limite do teto de gastos com pessoal. Assim, espera-se que o STF adote uma interpretação com os diversos normativos que tratam da valorização dos professores, no sentido de julgar improcedente o recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Magistério; Recurso Extraordinário; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The policy of valuing basic teaching professionals is at serious risk of setback with Extraordinary Appeal no. 1,326,541/SP, under trial at the Supreme Federal Supreme Court (STF). In this process, it will be decided whether the percentage adjustments granted by the Federal Government to the teachers' minimum salary should be automatically granted to all professionals, or if otherwise, the adjustment only applies to teachers who receive less than the adjusted minimum wage. To analyze this action, we will use the exploratory study method, using as a data source the petitions and documents in the process, the legislation and jurisprudence applied to the case, as well as specialized doctrine. The results of the analysis demonstrate that the current jurisprudence of the Superior Court of Justice already militates in favor of the automatic incidence of the reflexes of the readjustment of the minimum salary throughout the teaching career, as long as this escalation is provided for in the law, and that the Fiscal Responsibility Law exempts the public manager from liability if the adjustments granted exceed the limit of the personnel spending ceiling. Therefore, it is expected that the STF will adopt a systemic interpretation with the various regulations that deal with the appreciation of teachers, in order to dismiss the appeal as unfounded.

KEYWORDS: Teaching; Extraordinary Appeal; Supreme Federal Court of Justice.

Como citar: LEITE, Rodrigo de Almeida. O recurso extraordinário 1.326.541/SP e o risco de retrocesso para a política de valorização dos profissionais do magistério público. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 245-268, 2025.

INTRODUÇÃO

A polêmica em torno do piso salarial dos profissionais do magistério público básico não é recente, e desde a criação da Lei Federal nº 11.738/08 (Lei do Piso), o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido o palco de litígio de contestação de governadores de estados contra as normativas em favor dos professores da rede pública de ensino básico.

Quando entrou em vigor a Lei nº 11.738/08, Governadores dos estados do Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Ceará, impetraram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.167/DF, contestando, entre outras questões, a constitucionalidade da fixação do piso salarial nacional com base no vencimento inicial, e não na remuneração global, sendo a lei corretamente confirmada em todos os seus termos pelo Supremo em 2011.

Agora, novamente o assunto volta ao debate, quando o Estado de São Paulo em 2021 apresentou o Recurso Extraordinário (RE) n. 1.326.541/SP no STF, que teve reconhecida a sua repercussão geral, e assim a decisão neste processo terá efeitos para todo o Brasil.

Neste recurso, o Estado de São Paulo requer que o Supremo declare que os percentuais de reajustes anuais do piso salarial dos professores não tenham incidência automática em todos os níveis de progressão da carreira do magistério em cada ente (união, estados e municípios). Assim, defende que a obrigação de reajuste do piso somente deve ser concedida àqueles professores que recebem abaixo do piso salarial. O efeito prático deste processo, caso o STF julgue procedente o recurso, é que os estados e municípios serão obrigados a pagar o reajuste do piso salarial nacional apenas para os professores em início de carreira (se houver algum que ganhe menos do que o piso reajustado), não havendo obrigação de reajuste automático proporcional ao aumento do piso salarial para os demais níveis, classes e faixas de progressão, tomando como base o piso salarial nacional.

Há neste caso uma nítida possibilidade de retrocesso na política de valorização dos profissionais do magistério da educação básica do país, o que deve acender um alerta em toda a categoria.

Para estudar as implicações deste recurso no Supremo Tribunal Federal, utilizar-se-á de um método exploratório para análise do caso, utilizando-se como fonte de dados os documentos do processo, doutrina e jurisprudência dos tribunais.

Neste sentido, o artigo foi estruturado de maneira a apresentar os detalhes do recurso no STF e as graves implicações que podem ocorrer para a categoria dos profissionais do magistério da educação básica, discorreu-se sobre as normativas que tratam da política de valorização dos profissionais do magistério, e em seguida, tratou-se de apresentar os fundamentos constitucionais e legais a favor do reflexo automático do índice de reajuste do piso salarial em todos os níveis de progressão dos planos de carreira do magistério.

1. O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.326.541/SP NO STF

O Recurso Extraordinário (RE) n. 1.326.541/SP, impetrado no STF em 11 de maio de 2021, talvez seja um dos mais importantes julgamentos para os membros da carreira do magistério público, depois da decisão do STF que julgou a constitucionalidade do piso salarial dos professores.

Este recurso, caso seja deferido pelo STF, terá consequências diretas nas remunerações dos professores, correndo-se o risco de se retroceder na política de valorização dos profissionais do magistério.

O caso em julgamento no STF tem início com uma ação de Sofia Helena da Silveira, servidora pública estadual do magistério da educação básica do Estado de São Paulo (professora da educação básica II – PEB-II), que requereu, em face do Estado, a equiparação do seu salário-base ao piso nacional da categoria, com a incidência escalonada nas diversas faixas, níveis e classe e a condenação do ente estadual ao pagamento dos atrasados no período de 10/2015 a 02/2018.

Explica a autora da ação que durante o período contestado, o Estado de São Paulo não observou o piso salarial nacional dos professores para o Nível I, Faixa I (ou seja, não equiparou o piso salarial base estadual do magistério com o piso salarial federal), e assim, pede que seja pago o valor do

piso salarial para a primeira faixa, bem como seja deferida a incidência automática escalonada dos mesmos índices de reajustes aplicados para a classe inicial da carreira do magistério em relação aos demais níveis, classes e faixas do plano de carreira em que ela se encontrava.

A petição inicial do processo da professora ainda relata que a Lei Complementar Estadual n. 836, de 30 de dezembro de 1997, que instituiu o plano de carreira do magistério estadual, determina no parágrafo único do art. 32 que os valores dos salários dos professores são fixados em escala de vencimentos composto de 8 (oito) níveis e 8 (oito) faixas de vencimentos, que correspondem, “o primeiro nível e respectiva faixa, ao vencimento inicial das classes, decorrendo, os demais níveis e faixas, de evolução funcional e de promoção”:

Lei Complementar Estadual n. 836, de 30 de dezembro de 1997

Artigo 32 - Os valores dos vencimentos e salários dos servidores abrangidos por ela lei complementar são fixados na seguinte conformidade: (NR)

I - Escala de Vencimentos - Classes Docentes - EV - CD, composta das seguintes Estruturas de Vencimentos: (NR)

(...)

b) Estrutura II, constituída de 8 (oito) faixas e 8 (oito) níveis, aplicável à classe de Professor Educação Básica II. (NR)

(...)

Parágrafo único - Cada classe de docente e de suporte pedagógico é composta de 8 (oito) níveis e 8 (oito) faixas de vencimentos, que correspondem, o primeiro nível e respectiva faixa, ao vencimento inicial das classes, decorrendo, os demais níveis e faixas, de evolução funcional e de promoção. (NR)

Em complemento a este dispositivo legal, defendem que a tabela de vencimentos para os professores da educação básica II fixa entre os níveis uma incidência de um percentual de 10,5%, e entre as faixas um percentual de 5% de aumento em relação à faixa anterior, conforme tabela 1.

Tabela 1: Quadro de remuneração dos profissionais do magistério do estado de São Paulo – Lei Complementar Estadual n. 836, de 30 de dezembro de 1997.




Faixa/Nível	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII
1	1.938,75	2.035,69	2.137,47	2.244,35	2.356,56	2.474,39	2.598,11	2.728,02
2	2.142,32	2.249,43	2.361,91	2.480,00	2.604,00	2.734,20	2.870,90	3.014,46
3	2.367,26	2.485,62	2.609,90	2.740,40	2.877,42	3.021,30	3.172,36	3.330,97
4	2.615,82	2.746,62	2.883,95	3.028,14	3.179,55	3.338,53	3.505,45	3.680,73
5	2.890,49	3.035,01	3.186,76	3.346,10	3.513,40	3.689,07	3.873,53	4.067,20
6	3.193,98	3.353,68	3.521,37	3.697,43	3.882,32	4.076,42	4.280,24	4.494,25
7	3.529,35	3.705,82	3.891,11	4.085,67	4.289,95	4.504,46	4.729,67	4.966,16
8	3.899,94	4.094,94	4.299,68	4.514,66	4.740,40	4.977,41	5.226,29	5.487,60

Fonte: Contra-razões ao RE disponível no Sistema do STF em consulta ao Recurso Extraordinário n. 1.326.541/SP (documento 1).

Portanto, a autora da ação pede que além de se equiparar o vencimento do nível I, faixa I da carreira estadual ao valor do piso salarial federal, deve haver uma incidência automática dos percentuais de 10,5% e 5% sob as faixas e níveis, tendo o vencimento inicial como ponto de partida, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e Superior Tribunal de Justiça.

Para melhor exemplificar o pleito da professora, suponha-se que o valor do vencimento básico da carreira inicial que lhe estava sendo pago fosse R\$ 50,00, quando o piso salarial nacional é de R\$ 100,00, e que pela progressão da docente, o nível e faixa em que ela se encontra teria uma diferença de 20% em relação ao vencimento da carreira inicial. Neste caso, o pleito da professora é que o valor da sua remuneração mensal tenha como parâmetro o piso salarial de R\$ 100,00, acrescido de R\$ 20,00 devido ao nível e faixa em que se encontra na progressão, chegando então o valor do vencimento básico à R\$ 120,00.

Em julgamento na 1^a. instância do TJSP, a ação foi julgada improcedente. A professora recorreu, e o TJSP deferiu o seu recurso, garantindo-se, portanto, que o Estado equiparasse o vencimento inicial da carreira ao piso salarial federal, bem como reconheceu o direito aos reflexos automáticos do reajuste no piso salarial para toda a estrutura remuneratória da carreira do magistério estadual.

Descontente com a decisão, o Estado de São Paulo interpôs o Recurso Extraordinário n. 1.326.541/SP no STF, no qual sustenta violação aos seguintes artigos da Constituição Federal: independência entre os Poderes (art. 2º), autonomia do ente federativo (art. 18, *caput*), fixação ou alteração da remuneração dos servidores estaduais mediante lei estadual específica (art. 37, X), vedação à vinculação ou equiparação de espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público (art. 37, XIII), e prévia dotação orçamentária e autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o aumento na remuneração dos servidores públicos (art. 169, § 1º, I e II). Aponta, ainda, inobservância aos Enunciados das Súmulas Vinculantes 16 e 37, e à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Liminar 1.149/SP.

O que em verdade requer o Estado de São Paulo neste recurso, é que os Estados e Municípios sejam obrigados a pagar o piso salarial nacional apenas para os professores em início de carreira, e que não haja obrigação de reajuste automático proporcional ao aumento do piso salarial em todos os anos para as demais níveis, classes e faixas, tomando como base o piso salarial nacional.

Para exemplificar ainda melhor, tenha-se como exemplo hipotético o caso de duas professoras, sendo que a professora “A” acabou de ingressar no cargo, recebendo vencimento básico de R\$ 100,00 (valor também do piso salarial nacional), enquanto que a professora “B” já está há 10 anos na carreira, acumulando progressões, e pelo plano de cargos está recebendo o vencimento básico de R\$ 150,00. Suponhamos que o governo federal concedeu o reajuste anual de 20% no piso salarial nacional. Dessa forma, se for acatado o recurso do Estado de São Paulo, o Estado somente seria obrigado a conceder o reajuste para a professora “A”, que passaria a receber R\$ 120,00, enquanto que a professora “B” continuaria a perceber o vencimento básico de R\$ 150,00.

O Estado do Rio Grande do Sul juntou-se ao Estado de São Paulo e apresentou uma petição de *amicus curiae*, onde apesar de ele não ser parte no processo, traz argumentos sobre à causa para auxiliar o tribunal em sua decisão, e corroborou tudo o que o Estado de São Paulo deseja. Para o Rio Grande do Sul, “não se pode extrair da Lei Federal que instituiu o piso profissional dos professores comando que implique em alterar a estrutura remuneratória do plano de carreira do magistério estadual”¹ para além dos casos em que o vencimento básico do profissional da educação seja inferior ao piso nacional.

Assim, o que requerem os Estados é que eles sejam obrigados a conceder o reajuste do piso salarial apenas para aqueles professores que ganhem menos do que o piso, fazendo com que grande parte da categoria e dos que progrediram por anos, tenham os seus salários corroídos pela inflação, em virtude da não concessão de reajustes anuais.

¹ Manifestação do Estado do Rio Grande do Sul no Re n. 1.326.541/SP, documento n. 15, disponível no sistema do STF em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6174574>. Acesso em: 04 de abril de 2024.

Esta preocupação é ainda maior nos estados e municípios onde o plano de carreira dos servidores do magistério não define um percentual fixo de aumento no vencimento a partir do nível e faixa inicial. Este é o caso do Estado de São Paulo, onde o plano de carreira define um valor fixo para os diferentes níveis de classes e faixas de progressão, geralmente descritos em uma tabela, como demonstrado anteriormente. Assim, argumentam os Estados que não existiria obrigação de reajuste anual de acordo com o piso salarial nacional para toda a carreira, devendo apenas o estado reajustar o valor daqueles professores que recebem menos que o valor do piso nacional reajustado.

Atualmente o Recurso Extraordinário n. 1.326.541/SP está em fase de análise inicial, tendo como relator o Min. Cristiano Zanin. Contudo, os professores do magistério público devem ficar atentos a este julgamento, que pode mudar repentinamente o histórico de lutas que culminou na lei do piso salarial nacional do magistério e na obrigação do reajuste anual do mesmo com reflexos para todos os níveis de progressão na carreira.

2. DA POLÍTICA DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Dentro do movimento de lutas por melhorias na qualidade do trabalho dos profissionais da educação, há um consenso de anseio por evolução em três questões principais: melhores condições de trabalho, de carreira e salário. Neste contexto, há uma série de instrumentos legais que orientam estados e municípios na valorização dos professores, a saber: Constituição Federal de 1988, Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), Lei nº 11.494/2007 e Lei n. 13.113/2020, que criaram o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), Lei Nº 11.738/2008 (Piso Salarial do Professores da Educação Básica), Lei nº 13.005/2014 (que estabelece o Plano Nacional de Educação - PNE), e Resolução nº 2/2009 do Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Básica (CNE/CEB) (Thomazini; Jacomini, 2019, p. 116-117).

Em razão das normativas supracitadas, os estados e municípios devem garantir um plano de carreira que valorize a progressão funcional e conte com formação continuada, sendo um estímulo à permanência na profissão. A valorização docente deve considerar uma remuneração digna, uma formação inicial de qualidade e continuada, e uma carreira que fixe o professor ao sistema de ensino. Mas se algumas dessas condições não é efetivada, acaba-se por comprometer o valor do conjunto, uma vez que, por exemplo, uma remuneração insuficiente compromete a valorização do professor (Thomazini; Jacomini, 2019, p. 117).

Neste contexto, ao estabelecer o piso salarial nacional dos profissionais da educação básica, a Lei n. 11.738/2008 define nacionalmente este direito, sendo de responsabilidade local a efetivação dos critérios definidos pelo governo federal. Ainda que a Lei do Piso defina outros direitos para além do piso nacional e da jornada de trabalho de 1/3 sem a presença de alunos, “foram estes dois dispositivos que mais mobilizaram — e continuam a mobilizar — setores da sociedade e instituições para sua aplicabilidade” (Brizueña; Gobara, 2021, p. 617).

Dessa forma, ante a autonomia administrativa dos estados e municípios, apesar da fixação do piso nacional pelo governo federal, compete àqueles entes a organização e gestão salarial dos profissionais do magistério, razão pela qual muitos relutam em não conceber que os reajustes anuais do piso salarial dos professores devem incidir automaticamente em todos os níveis de progressão da carreira, uma vez que tais reajustes necessitam de reorganização orçamentária local². Assim, por mais que seja farta a legislação em prol da valorização do magistério, em muitos casos “os recursos financeiros ou não têm sido suficientes para a sua concretização ou simplesmente são vetados os dispositivos que os assegurariam, sob o argumento da austeridade fiscal” (Verçosa; Bassi, 2019, p. 3).

Ainda complementando os diversos atos normativos já citados que tratam da valorização dos professores, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva

² Veja-se, por exemplo, que quando o ex Presidente Jair Bolsonaro concedeu o maior reajuste do piso salarial dos professores, em 2022, em um percentual de 33%, diversas entidades se manifestaram afirmando que era “impraticável” realizar este reajuste. Neste sentido, ver pronunciamento da Frente Nacional dos Prefeitos, disponível em : <https://educacao.uol.com.br/noticias/2022/02/10/frente-prefeitos-reajuste-professores-impraticavel.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2024.

sancionou em 16 de janeiro de 2024, a Lei Federal n. 14.817, que trata da política de valorização dos profissionais da educação escolar básica pública.

A lei é composta de 08 (oito) artigos e a sua função principal é a definição de que a valorização dos profissionais da educação escolar básica pública contempla:

Lei Federal n. 14.817/2024

Art. 3º A valorização dos profissionais da educação escolar básica pública contemplará:

I – planos de carreira que estimulem o desempenho e o desenvolvimento profissionais em benefício da qualidade da educação escolar;

II – formação continuada que promova a permanente atualização dos profissionais;

III – condições de trabalho que favoreçam o sucesso do processo educativo, assegurando o respeito à dignidade profissional e pessoal dos educadores.

No tocante aos planos de carreiras que devem ser elaborados por estados e municípios, dentre os diversos direitos que são reconhecidos e garantidos, no art. 4º, inciso VI, alínea “b”, da Lei n. 14.817/2024 está o de fixação de piso e teto de remuneração de modo a assegurar “uma progressão estimulante, do ponto de vista pecuniário, a cada patamar da carreira”:

Lei Federal n. 14.817/2024

Art. 4º Os planos de carreira dos profissionais da educação escolar básica pública contemplarão as seguintes diretrizes:

(...)

II – organização da carreira que considere:

a) possibilidade efetiva de progressão funcional periódica ao longo do tempo de serviço ativo do profissional;

b) requisitos para progressão que estimulem o permanente desenvolvimento profissional;

(...)

V – piso remuneratório da carreira definido e atualizado em conformidade com o piso salarial profissional nacional estabelecido em lei federal, nos termos do inciso VIII do art. 206 da Constituição Federal;

VI – fixação dos valores de piso e teto de remuneração na carreira de modo a assegurar:

a) um valor de piso que atraia bons profissionais para a carreira;

b) uma progressão estimulante, do ponto de vista pecuniário, a cada patamar da carreira;

Este dispositivo legal era o que faltava dentro do leque normativo de valorização dos profissionais do magistério público, pois expressamente determina que os planos devem contemplar progressões estimulantes do ponto de vista pecuniário, a cada patamar da carreira. Assim, nada mais lógico compreender que isto significa que quando houver reajustes no início

da carreira, os demais servidores também devem ter reajustados seus vencimentos nos mesmos índices, pois do contrário, as progressões não valerão nada com o tempo, pois serão corroídas pela inflação e até mesmo ultrapassada pelos reajustes provenientes da Lei do Piso Salarial para os ocupantes do início da carreira.

Ante o exposto, espera-se que os Ministros do STF realizem uma interpretação sistêmica das diversas normativas de valorização dos professores do ensino básico, e reconheçam que o art. 4º, inciso VI, alínea “b”, da Lei n. 14.817/2024, traz o guia para considerar que os reajustes anuais anunciados pelo governo federal todos anos, em razão da Lei do Piso Salarial dos professores, deve também ser concedido a todos os servidores da carreira do magistério, em todos os níveis, classes e faixas de progressão.

3. DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS A FAVOR DO REFLEXO AUTOMÁTICO DO ÍNDICE DE REAJUSTE DO PISO SALARIAL EM TODOS OS NÍVEIS DE PROGRESSÃO DOS PLANOS DE CARREIRA DO MAGISTÉRIO

Neste capítulo, serão tratados de argumentos jurídicos que rebatem a tese do Estado de São Paulo no julgamento perante o Recurso Extraordinário n. 1.326.541/SP.

Discutir-se-á com maior ênfase a legalidade de aplicação dos índices de reajuste do piso salarial para todos os níveis de progressão da carreira do magistério, bem como a possibilidade de gastos com pessoal mesmo estando os municípios e estados perto ou ultrapassado o limite permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Este é um dos principais argumentos e receios dos gestores públicos, pois ao conceder os reajustes do piso salarial para a toda a categoria, poderão extrapolar os limites da lei de responsabilidade fiscal, e assim, podem vir a serem responsabilizados nos termos da lei.

No entanto, para o caso de reajustes que já são previstos em lei (como o reajuste do piso salarial nacional dos professores), a própria Lei de Responsabilidade Fiscal apresenta ferramentas para os estados e municípios solucionarem a questão, permitindo assim a concessão dos reajustes. Esta

autorização é corroborada com diversas jurisprudências dos tribunais superiores e dos Tribunais de Contas dos Estados. Basta a equipe de governança do gestor público seguir as diretrizes da lei, para que não haja qualquer tipo de implicação legal.

3.1 Da constitucionalidade do piso salarial do magistério público da educação básica

O Piso salarial do magistério nacional tem como fundamento constitucional inicial o art. 60, inciso III, alínea “e”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, que fixou prazo para o Congresso Nacional implantar o piso nacional do magistério nacional:

Constituição Federal – ADCT

Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:
(...).

III - observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre:
(...).

e) prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica;

Em complemento, outro dispositivo constitucional que remete à criação do piso do magistério é o art. 206, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, que prevê o piso salarial profissional nacional para os professores no âmbito nacional:

Constituição Federal – ADCT

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
(...)

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em seguimento ao mandamento constitucional, o Piso Salarial do Magistério da Educação Básica foi regulamentado pela Lei Federal n.

11.738/2008, que em seu art. 5º, determina que “o piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009”, necessitando, assim, apenas de uma norma municipal para sua execução.

A atualização anual do reajuste do piso salarial dos professores é realizada de acordo com uma série de cálculos elaborados pelo Ministério da Educação (MEC), que leva em consideração a estimativa de receita do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

A partir da definição deste índice, compete a cada ente federativo aprovar suas legislações concedendo este reajuste aos respectivos professores.

Ressalte-se que a Lei nº 11.738/08 já foi julgada constitucional pelo STF na ADI nº 4.167/DF, onde a Suprema Corte declarou constitucional a fixação do piso salarial nacional com base no vencimento inicial, e não na remuneração global, determinando que seja cumprido o dispositivo que fixa o valor mínimo abaixo do qual o membro do magistério não pode ter seu vencimento inicial da carreira fixado, para a jornada de no máximo 40 horas semanais, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 11.738/08.

Por sua vez, no julgamento da ADI 4.848/DF, o Supremo Tribunal Federal “reputou constitucional a forma de atualização anual do piso nacional do magistério da educação básica e a obrigatoriedade de sua observância pelos entes federados”³.

3.2 Da constitucionalidade e legalidade dos planos de carreiras dos servidores públicos e da criação de diversos níveis de escalonamento remuneratório – progressão

O art. 24 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988, ao prever a reforma administrativa em relação ao regime constitucional anterior, previu que os entes da federação deveriam editar leis que estabeleçam critérios para compatibilização do quadro de pessoal com o disposto no art. 39 da CF.

³ Cfr. Parecer do Ministério Público no Recurso Extraordinário n. 1.326.541/SP.

Por sua vez, o § 1º do art. 39, da Constituição, estabelece as balizas para criação de planos de cargos e carreiras e fixação de remuneração dos servidores públicos de todos os entes públicos:

Constituição Federal

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADI nº 2.135)

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - os requisitos para a investidura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - as peculiaridades dos cargos.

Sobre os planos de cargos e carreira, Castro e Carvalho (2019, p. 167) o conceituam como o conjunto de normas que define e regula as condições e o “processo de movimentação dos integrantes em uma determinada carreira, estabelecendo a progressão funcional e a correspondente evolução da remuneração”. Por sua vez, Rigolin (1988, p. 71) explica que é um importantíssimo meio de “incentivo ao servidor, para que adquira novos níveis de escolaridade e crescente experiência, e com isso habilitação para galgar postos de trabalho de superior hierarquia”. Afirma ainda que é uma forma de a administração demonstrar que tem interesse pela evolução do seu servidor, desde que ele também deseje o seu aprimoramento, através da realização de cursos de atualização e de diferentes níveis acadêmicos.

Rigolin também leciona as características que deve ter um plano de carreiras, que deve ser bastante claro quanto aos critérios de progressão no cargo:

(...) Fatores como escolaridade para o cargo superior na carreira; interstício (tempo de exercício) no grau inferior; existência de vaga e, ocasionalmente, critério de seleção ou de desempate entre candidatos habilitados podem existir previstos no disciplinamento da carreira, e com vantagem existirão.

(...).

Um plano de carreiras, além de escrito e descrito na lei, deve na melhor técnica também constar de um quadro sinótico, onde facilmente se visualizem todas as possibilidades de seu exercitamento, indicando-se cargos (ou empregos) de origem, até os máximos atingíveis. Deve constar desse quadro, que constituirá se existir um anexo da lei instituidora do plano, além disso, o maior número de informações decodificáveis por descrição na lei, que permita

compreender o exato funcionamento do plano, de modo a auxiliar na efetiva implementação dos mecanismos ali estabelecidos (Rigolin, 1988, p. 72).

Assim, conforme explícito no § 1º do art. 39 da Constituição Federal (CF), a fixação dos padrões de vencimentos dos servidores deve obedecer às peculiaridades e complexidades do cargo, o que inclui, assim, o dever de remunerar melhor aqueles que conseguem progredir na carreira através dos diversos requisitos que podem ser estabelecidos pela administração pública.

Neste sentido, em cumprimento a este dever constitucional de criar um plano de carreira dos servidores públicos, o artigo 67 da Lei Federal n. 9394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação, com fulcro no inciso V do artigo 206 da CF/88, tratou do plano de carreiras dos profissionais da educação como instrumento de valorização profissional. Neste sentido, veja-se o dispositivo citado:

Lei Federal n. 9394/1996

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

- I - ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- II - aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim;
- III - piso salarial profissional;
- IV - progressão funcional baseada na titulação ou habilitação, ou na avaliação do desempenho;

Portanto, conforme a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, os Planos de Cargos e Salários do magistério público devem ser estruturados de forma que possibilitem a elevação salarial combinada com a progressão do professor.

Esta estruturação dos planos de carreira estabelece a divisão da tabela salarial em “Classes, Graus, Níveis e Referências, de forma a proporcionar graduações salariais que possam ser buscadas pelo servidor através do cumprimento de requisitos estabelecidos pela Administração” (Câmara Municipal de Celso Ramos/SC, 2021).

Cada plano tem suas próprias características, de acordo com os aspectos de cada ente estatal. Com a implantação do plano de cargos, o servidor público tem a possibilidade de alcançar patamares salariais mais elevados de acordo com seu desenvolvimento pessoal e sua contribuição à

administração pública. Assim, verifica-se que os planos de cargos e carreira se constituem em um importante instrumento de progressão na profissão, pois regulamenta e possibilita ao servidor ocupar sucessivas posições em graus crescentes de importância, remuneração e responsabilidades (Castro; Carvalho, 2019, p. 168).

Os valores dos salários dos servidores, componente obrigatório dos Planos de Carreira, são organizados em tabelas. De uma maneira geral, os valores dessas tabelas aumentam, tanto em direção horizontal (colunas) quanto em direção vertical (linhas), tendo várias denominações como “grau”, “nível”, “classe”, “referência”, entre outros.

A diferença estabelecida entre os valores depende do percentual determinado pela lei que, de uma maneira geral é diferente entre as direções (horizontal e vertical) que se acompanha. A evolução do servidor dentro da tabela depende do atendimento dos critérios (desempenho, qualificação profissional e antiguidade) determinados pela administração e atendidos pelo servidor. Também são utilizados interstícios temporais para concessão da evolução na carreira, ou seja, esta evolução entre um patamar e outro superior somente se dará após transcorrido um tempo determinado pelo plano.

Ante o exposto, em consonância com o no § 1º do art. 39 da Constituição Federal e o art. 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, afirma-se que é constitucional o estabelecimento de planos de carreiras dos servidores do magistério, bem como o aumento remuneratório decorrente dos diversos níveis de progressão na carreira, tendo sempre como parâmetro o vencimento inicial da carreira, estabelecido pelo piso salarial nacional do magistério, com os reflexos advindos dos reajustes anuais.

3.3 A obrigação da aplicação do reajuste anual do piso salarial a todos os níveis, classes e faixas da carreira do magistério

A partir da análise de diversos planos de carreiras municipais e estaduais do magistério do Brasil, observa-se que a maior parte estabelece a progressão na carreira do magistério através de níveis, classes e faixas. E se

tem visto que a escala de progressão da carreira se dá de duas formas: 1) ou se determina percentuais de aumento fixos e determinados na lei para cada nível de progressão, ou 2) se estabelecem valores fixos para cada grau da progressão, em ambos os casos tendo como parâmetro o vencimento inicial da categoria.

Neste segundo exemplo, embora não haja um percentual fixo determinado de aumento na remuneração, a progressão segue geralmente um padrão de aumento nas diversas classes e faixas, quase sempre exposto em tabelas anexas ao plano de carreira. O fato de não haver um percentual determinado de aumento entre eles, não significa que o reajuste anual do piso não deve ser aplicado a todos os níveis. Basta analisar qual foi o percentual de aumento entre as classes e faixas, e aplicar o reajuste dado pelo novo valor do piso.

Assim, tendo em vista que os percentuais de progressão na carreira do magistério utilizam como parâmetro de aumento o vencimento básico do professor em início de carreira (primeiro nível), os valores do piso salarial reajustado devem ser refletidos em todos os professores, nos percentuais que determinam as respectivas leis que regem a profissão.

Este direito está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que determina que o piso salarial do magistério é o menor valor que deve ser pago a um professor de 40 horas, e que caso haja previsão em plano de carreira local de reajuste escalonado nos diversos níveis da carreira, o percentual de reajuste anual estabelecido pelo MEC também deve ser pago a todos os professores. Esta foi a tese fixada no Recurso Especial (RESP) n. 1.426.210-RS, publicado no Informativo de Jurisprudência n. 594, de 01 de fevereiro de 2017:

EMENTA: A Lei n. 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, ordena que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais.

Discutiu-se se os artigos 2º, § 1º, e 6º, da Lei nº 11.738/2008 autorizam a automática repercussão do piso salarial profissional nacional quanto aos profissionais do magistério público da educação básica sobre as classes e níveis mais elevados da carreira, bem assim sobre as vantagens temporais, adicionais e gratificações, sem a edição

de lei estadual a respeito, inclusive para os professores que já auferem vencimentos básicos superiores ao piso. [...] Assim, não há que se falar em reajuste geral para toda a carreira do magistério, não havendo nenhuma determinação de incidência escalonada com aplicação dos mesmos índices utilizados para a classe inicial da carreira. [...] Faz-se mister destacar, entretanto, que os temas não se exaurem com o estabelecimento dessa premissa geral. Explica-se. Uma vez determinado pela Lei n. 11.738/2008 que os entes federados devem fixar o vencimento básico das carreiras no mesmo valor do piso salarial profissional, se em determinada lei estadual, que institui o plano de carreira do magistério naquele estado, houver a previsão de que as classes da carreira serão remuneradas com base no vencimento básico, a adoção do piso nacional refletirá em toda a carreira. O mesmo ocorre com as demais vantagens e gratificações. Se na lei local existir a previsão de que a vantagem possui como base de cálculo o vencimento inicial, não haverá como se chegar a outro entendimento, senão o de que a referida vantagem sofrerá necessariamente alteração com a adoção do piso salarial nacional⁴.

Esta orientação também vem sendo seguida pelos Tribunais de Justiça do país, onde se reconhece a obrigatoriedade de que se em determinada lei que institui o plano de carreira do magistério houver a previsão de que as classes da carreira serão remuneradas com base no vencimento básico, a adoção do piso nacional refletirá em toda a carreira.

E por qual motivo o Estado de São Paulo, mesmo consciente deste julgamento do STJ, recorreu ao STF? Porque o Estado está alegando violações da Constituição Federal caso se mantenha os reflexos automáticos do reajuste do piso salarial do magistério para todos os níveis de progressão, e assim o STJ não tem competência para analisar violação de dispositivos da Constituição, apenas de Lei Federal. Portanto, cabe ao Supremo a avaliação da constitucionalidade das leis e do recurso apresentado.

3.4 Da não violação à Lei de Responsabilidade Fiscal com reajuste do piso salarial do magistério para todas as categorias de progressão funcional – hipótese de cumprimento de obrigação legal

Nas razões do Recurso Extraordinário 1326541/SP perante o STF, o Estado de São Paulo alega que se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo for mantida, haverá um grande impacto nas finanças do Estado,

⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.426.210-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, primeira Seção, por unanimidade, julgado em 23/11/2016, DJe 09/12/2016.

podendo inclusive levá-los a desrespeitar a Lei de Responsabilidade Fiscal. Argumenta o Estado que a manutenção da incidência do percentual de reajuste do piso nacional do Magistério para toda a categoria, mediante a aplicação dos mesmos índices utilizados para a classe inicial do magistério, alcançará Estados e Municípios sem qualquer juízo sobre a capacidade financeira destes entes e quanto ao atendimento aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Federal nº. 101/2000).

Tal preocupação advém do fato de que de acordo com o artigo 169 da Constituição Federal, “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

A lei complementar a que refere o dispositivo constitucional referido é a Lei nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), cujo texto fixa, dentre outros gastos, os limites da despesa com pessoal (artigos 19 e 20), a serem observados pelos entes da Federação.

Ainda, a LRF estabelece algumas vedações aos órgãos e Poderes que lhe são subordinados, naqueles casos em que a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite:

Lei Federal nº 101/2000

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Ante este dispositivo da LRF, se a despesa total do ente público exceder a 95% dos limites de gastos com pessoal, a Administração fica

proibida de conceder vantagens, aumentos, reajustes ou adequação de remuneração. Excetuam-se dessa regra, contudo, os casos de acréscimos remuneratórios decorrentes de sentença judicial ou determinação legal, bem como a revisão prevista no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal.

Nestes casos de ultrapassagem do limite de gastos com pessoal, poderá o Poder Público, no entanto, adotar providências no sentido de reequilibrar as despesas com pessoal, com as ações previstas no art. 23 da LRF:

Lei Federal nº 101/2000

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos. (Vide ADI 2238)

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. (Vide ADI 2238)

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido e enquanto perdurar o excesso, o Poder ou órgão referido no art. 20 não poderá: (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

I - receber transferências voluntárias;

II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;

III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

§ 4º As restrições do § 3º aplicam-se imediatamente se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou órgão referidos no art. 20.

§ 5º As restrições previstas no § 3º deste artigo não se aplicam ao Município em caso de queda de receita real superior a 10% (dez por cento), em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior, devido a: (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

I – diminuição das transferências recebidas do Fundo de Participação dos Municípios decorrente de concessão de isenções tributárias pela União; e (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

II – diminuição das receitas recebidas de royalties e participações especiais. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

§ 6º O disposto no § 5º deste artigo só se aplica caso a despesa total com pessoal do quadrimestre vigente não ultrapasse o limite percentual previsto no art. 19 desta Lei Complementar, considerada, para este cálculo, a receita corrente líquida do quadrimestre correspondente do ano anterior atualizada monetariamente. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

Para o que importa na discussão do objeto deste artigo, mister é salientar que a atualização anual do piso remuneratório é medida obrigatória para os entes federados, pois decorre de determinação legal que regulamenta que os aumentos de despesas com pessoal decorrentes do cumprimento do piso nacional, e se enquadram na exceção legal prevista no art. 22, parágrafo único, inciso I, da LRF.

Assim, eventuais ultrapassagens do limite de gastos com pessoal motivadas por tal incremento, por não se tratar de ato de vontade do gestor, mas de cumprimento de obrigação legal expressamente ressalvada, não terá o condão de conduzir automaticamente à responsabilização do prefeito ou governador, desde que se demonstre na prestação de contas anual, de forma precisa e fundamentada, o *quantum* exato da extração que tenha decorrido do reajuste do piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica, bem como as medidas de recondução das despesas efetivamente adotadas, também de observância obrigatória, previstas na própria Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 23) e na Constituição Federal (art. 169).

Dessa forma, mesmo com receio de alguns gestores municipais e estaduais, não há dúvida de que a atualização anual do piso nacional mínimo decorre da Lei Federal nº 11.738/2008, tratando-se, portanto, de direito adquirido dos profissionais do magistério público da educação básica e deve ser garantida pelos entes federados a todos os profissionais do magistério da educação básica pública. O pagamento do piso salarial decorre, assim, de determinação legal, estando consolidado que a fixação do seu patamar mínimo anual, portanto, não está proibida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no Tema Repetitivo 911 (Recurso Especial n. 1.426.210/RS), em dezembro de 2016, onde esclareceu que não há que se falar em determinação de incidência automática do reajuste do piso em toda a carreira do magistério e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais, ou seja, se existir alguma lei instituindo um plano de carreira com níveis de progressão, tendo como parâmetro o vencimento básico da carreira.

Em suma, a partir dos normativos supracitados, entende-se que o pagamento do reajuste do piso salarial do magistério público da educação básica decorrente da Lei Federal nº 11.738/2008, e os reajustes na remuneração da escala da progressão das carreiras, trata-se de direito adquirido da categoria, sendo que os aumentos de despesas com pessoal decorrentes do cumprimento do piso nacional se enquadram na exceção legal prevista no art. 22, parágrafo único, inciso I, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, eventual justificativa de prefeitos e governadores para não cumprir com o reajuste do piso salarial do magistério em toda as faixas de progressão da carreira, com fundamento na ultrapassagem do limite de gastos com pessoal, é inverídica, uma vez que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal encontra caminhos para a concessão dos reajustes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também de longa data já se posiciona no sentido de que os limites previstos nas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no que tange às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de justificativa para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor público, como é o recebimento de vantagens asseguradas por lei⁵.

De forma a pacificar o assunto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.075)⁶, em 15/03/2022, também definiu que o poder público não pode deixar de conceder progressão funcional ao servidor que preenche os requisitos legais, mesmo que tenham sido superados os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) para gastos com pessoal.

Para o Tribunal, a progressão é direito subjetivo do servidor público, decorrente de determinação legal, e está compreendida na exceção prevista no inciso I do parágrafo único do artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁵ Como exemplo, veja-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no RMS n. 30.456/RO, relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Sexta Turma, julgado em 25/10/2011, publicado no DJe de 21/11/2011.).

⁶ Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod tema_inicial=1075&cod tema_final=1075. Acesso em: 04 de abril de 2024.

Da mesma forma, diversos Tribunais de Contas Estaduais já se manifestaram sobre a matéria, e sempre no mesmo sentido, qual seja, as Cortes de Contas são favor do pagamento do piso salarial do magistério por municípios e estados, mesmo que estes entes estejam acima do limite de gasto com pessoal fixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.326.541/SP, no Supremo Tribunal Federal, traz um sério risco de retrocesso na luta pela valorização dos profissionais do magistério básico público. Alerta-se que caso o recurso seja deferido, os reajustes concedidos pelo governo federal ao piso salarial os professores poderão não mais incidirem em toda a carreira e progressões dos servidores, mas apenas para aqueles que ganham abaixo do valor do piso reajustado, que geralmente são os professores em início de carreira.

Mesmo diante de uma grande quantidade de normas que garantem a valorização dos profissionais do magistério, estados e municípios tentam se esquivar de cumprir com a obrigação de aplicar os reajustes anuais do piso salarial para toda a categoria. No entanto, conforme visto nos capítulos anteriores, a jurisprudência do STJ é condizente para que os reflexos do reajuste anual do piso salarial dos professores sejam aplicados automaticamente para todos os níveis de progressão se previsto no plano de carreira. Da mesma forma, foi observado que o STJ, Tribunais de Justiça e Tribunais de Contas dos Estados, são categóricos em afirmar que o reajuste do piso salarial pode ser pago mesmo se os estados e municípios estão perto de ultrapassar ou já extrapolaram o limite de teto de gastos com pessoal, pois o reajuste é advindo de uma obrigação prevista previamente em lei, e assim, basta seguir com as instruções que a Lei de Responsabilidade Fiscal

⁷ Como exemplo, vejam-se: TCE-PR, processo nº: 304137/19, Acórdão Nº 3864/19 - Tribunal Pleno, de 4 de dezembro de 2019; TCE-PR, Processo Nº: 441398/20, Acórdão Nº 1011/21 - Tribunal Pleno – Publicado no Diário Oficial do Tribunal de Contas do PR, em 18 de maio de 2021, ano XVI, n. 2541, p. 9; TCE-MG, Processo: 1114601- PLENO – Julgamento: 23/3/2022; TCE-SC, Processo n.: @CON 22/00205311, Decisão n.: 118/2023, Data da Sessão: 01/02/2023 - Ordinária – Virtual; TCE-MS, Acórdão AC00-G.MJMS-114/2014 – Tribunal Pleno. PROCESSO: TC/16131/2013. Data Da Decisão: 30/04/2014; TCE-PI, Processo nº: TC/003495/2022, Decisão: nº 868/22.

determina, para que o gestor público não seja eventualmente responsabilizado por desmandos no orçamento público.

Aliado a todo o quadro de jurisprudência dos tribunais e das normativas que tratam da valorização dos professores, a luta ganhou reforço com a sanção pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva da Lei n. 14.817/2024, que trata da política de valorização dos profissionais da educação escolar básica pública e estabeleceu diretrizes para a elaboração dos planos de carreiras do magistério, determinando que as remunerações devem ser criadas de forma que os diversos níveis de progressão sejam estimulantes em termos remuneratórios.

Ante o exposto, espera-se que o Supremo Tribunal Federal repita a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que considera que quando o plano de cargos e carreira prevê o reajuste escalonado nos diversos níveis da carreira a partir do nível inicial, o percentual de reajuste do piso salarial dos professores estabelecido pelo Ministério da Educação anualmente também deve ser concedido a todos os professores.

REFERÊNCIAS

BRIZUEÑA, Tânia Mara Dias Gonçalves; GOBARA, Shirley Takeco; FERNANDES, Maria Dilnéia Espíndola. Política educacional em debate: ações no contexto municipal de Campo Grande-MS para a aplicação da Lei nº 11.738, de 2008. **Interfaces da Educação**, v. 12, n. 35, p. 608- 634, 2021.

CÂMARA MUNICIPAL DE CELSO RAMOS/SC. **Indicação n.º 037/2021**. Disponível em:
<https://www.camaracelsoramos.sc.gov.br/proposicoes/Indicacoes/2021/1/0/225>. Acesso em: 10 dez 2024.

CATRO, José Joaquim Martins; CARVALHO, Fabrício Aarão Freire. Configuração e atratividade da carreira docente da educação básica do município de Cametá/PA. **Educação & Formação**, v. 4, n. 10, p. 164-179, jan./abr. 2019.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Plano de carreiras do servidor público. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 75, p. 71-74, 1998. Disponível em:
<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1043>. Acesso em: 02 de abril de 2024.

THOMAZINI, Leandro; JACOMINI, Márcia Aparecida. Política de valorização docente e carreira de professores da Educação Básica no estado de São Paulo. **Praxis educativa**, vol. 14, núm. 1, p. 115-137, 2019.

VERCOSA, Pelegrino Santos; BASSI, Marcos Edgar. Plano de Cargos, Carreira e Remuneração do Magistério Público Estadual do Acre: a configuração da carreira dos professores. **FINEDUCA – Revista de Financiamento da Educação**, Porto Alegre, v. 9, n. 8, 2019.

Recebido em: 27/06/2024
 Aceito em: 12/08/2025
 DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11828



A DESARTICULAÇÃO DOS HOSPITAIS DE REFERÊNCIA PARA O ABORTO LEGAL COMO ESTRATÉGIA NECROPOLÍTICA: VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE REPRODUTIVO SOBRE OS CORPOS FEMININOS

THE DISMANTLING OF REFERENCE HOSPITALS FOR LEGAL ABORTION AS A NECROPOLITICAL STRATEGY: VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND REPRODUCTIVE CONTROL OVER WOMEN'S BODIES

*Lorrana Borges
 Lançanova*

Graduanda em Direito na Atitus Educação. Bolsista de Iniciação

Científica e Iniciação Tecnológica e Inovação – PIBITI/CNPq. Integrante do grupo de pesquisa vinculado ao CNPq Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade.

lorranalancanova@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-4118-9327>

*Tássia Aparecida
 Gervasoni*

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla.

Mestre e Graduada em Direito pela Universidad de Santa Cruz do Sul. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito na Atitus Educação.

tassiagervasoni@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8774-5421>

Felipe da Veiga Dias

Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Escola de Direito ATITUS Educação. Professor da ATITUS Educação – Passo Fundo.

felipevdias@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8603-054X>

RESUMO: A pesquisa analisa algumas práticas estatais no Brasil que evidenciam estratégias necropolíticas e de controle reprodutivo sobre os corpos femininos. Parte-se do seguinte problema: de que forma a desarticulação dos hospitais de referência para o aborto legal no Brasil pode ser entendida como uma estratégia necropolítica, e em que medida isso contribui para o controle reprodutivo sobre os corpos femininos e para a violação de direitos fundamentais? A metodologia adotada é qualitativa e dedutiva, com base em uma revisão bibliográfica lastreada em teóricos como Foucault, Mbembe e Butler. Os resultados indicam que essas práticas estatais refletem uma continuidade de políticas de controle e violência institucionalizada, negligenciando os direitos e a autonomia das mulheres, especialmente de grupos vulneráveis.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade; Direitos sexuais e reprodutivos; Estratégias de poder; Necropolítica; Precarização da vida.

ABSTRACT: The research analyzes certain state practices in Brazil that reveal necropolitical strategies and reproductive control over women's bodies. It addresses the following problem: how can the dismantling of referral hospitals for legal abortion in Brazil be understood as a necropolitical strategy, and to what extent does this contribute to reproductive control over women's bodies and the violation of fundamental rights? The methodology adopted is qualitative and deductive, based on a literature review grounded in theorists such as Foucault, Mbembe, and Butler. The results indicate that these state practices reflect a continuity of control policies and institutionalized violence, neglecting the rights and autonomy of women, especially those from vulnerable groups.

KEYWORDS: Inequality; Sexual and reproductive rights; Power strategies; Necropolitics; Precarization of life.

Como citar: LANÇANOVA, Lorrana Borges; GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. A desarticulação dos hospitais de referência para o aborto legal como estratégia necropolítica: violação de direitos fundamentais e controle reprodutivo sobre os corpos femininos. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 269-290, 2025.

INTRODUÇÃO

“Viver sob a ocupação pós-moderna é experimentar uma condição permanente de estar a sofrer.” (Mbembe, 2017, p. 150).

A presente pesquisa analisa como as práticas estatais no Brasil se alinham a estratégias necropolíticas, onde o Estado não apenas regula a vida, mas também decide sobre a morte, controlando quais corpos são mais vulneráveis à exclusão, à violência e à precariedade. Esse regime de forças será observado especialmente em relação a sua atuação na gestão dos corpos femininos.

Assim, o estudo parte do seguinte problema: de que forma a desarticulação dos hospitais de referência para o aborto legal no Brasil pode ser entendida como uma estratégia necropolítica, e em que medida isso contribui para o controle reprodutivo sobre os corpos femininos e para a violação de direitos fundamentais? A hipótese principal sugere que essas práticas, evidenciadas, por exemplo, na precarização dos serviços de saúde voltados às mulheres, resultam em um controle intensificado sobre os corpos femininos, particularmente no que tange à saúde sexual e reprodutiva, levando a uma produção sistemática de morte e violência.

A justificativa para esse estudo se fundamenta na importância de revelar como as políticas estatais contemporâneas seguem perpetuando dinâmicas históricas de opressão, negligência e violência institucional, que têm impactos profundos na vida das mulheres, especialmente das que pertencem a grupos raciais e sociais mais vulneráveis. Nesse sentido, a análise crítica dessas políticas torna-se essencial para compreender as complexas intersecções entre gênero, raça e poder, bem como para fomentar debates sobre a necessidade de políticas públicas que garantam maior autonomia e proteção aos direitos reprodutivos.

A pesquisa está estruturada em torno de dois eixos que discutem: i) o conceito de necropolítica e sua aplicação no contexto brasileiro, sobretudo no campo da saúde reprodutiva; ii) a relação entre gênero, raça e poder na formulação e implementação de políticas públicas. Soma-se ainda a análise de casos concretos de decisões judiciais e políticas que limitam a autonomia reprodutiva das mulheres.

A metodologia adotada é qualitativa e dedutiva, portanto, parte-se de construções gerais para posteriormente se adentrar em temática específica. Em complemento, menciona-se ainda a documentação indireta com ênfase bibliográfica, já que a revisão se baseia em obras significativas dentro da base teórica, juntamente a documentos e informações públicas que denotam os detalhamentos da desarticulação na prestação do aborto legal no país.

1. BIOPOLÍTICA E NECROPOLÍTICA: A GESTÃO DA VIDA E DA MORTE NO CONTEXTO BRASILEIRO SOB PERSPECTIVAS DE FOUCAULT, MBEMBE E BUTLER

O debate acerca da necropolítica demanda algumas ponderações anteriores no que concerne às relações de poder, especialmente a respeito da rede formada entre as suas dimensões, e que inclui construções soberanas, disciplinares e biopolíticas. Esse último espectro possui um papel valioso para as pretensões deste estudo, e por isso passa-se a concentrar-se nele.

A biopolítica ou biopoder é um tipo de exercício-relação de poder que administra a vida das populações por meio de técnicas de governo que buscam tanto promover a vida quanto permitir a morte. Foucault, em sua análise, afirma que "[...] o direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. E depois, este novo direito que se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer" (Foucault, 2005, p. 287). Na teoria foucaultiana, a sociedade encontra-se regida por relações de força, havendo a preponderância do biopoder ou governamentalidade, que tem como objetivo mais do que produzir corpos dóceis e capazes (característica da atuação disciplinar), gerar indivíduos que poderiam ser submetidos, utilizados, transformados e aperfeiçoados (Foucault, 2014, p. 164-165), ou seja, projeta-se no regime da biopolítica/governamentalidade o controle das populações, suas projeções de vida, fertilidade, mortalidade.

Foucault diferencia dois aspectos principais do controle sobre a vida e a morte: a anátomo-política, que se concentra no corpo individual, e a biopolítica/governamentalidade, que foca na gestão da vida da população (Foucault, 1988, p. 131). Essas formas de controle estão presentes na regulação da sexualidade e reprodução, onde as políticas estatais moldam os

corpos para que sejam obedientes e úteis ao sistema (Wermuth; Bemfica, 2023, p. 626). Para as mulheres, isso se traduz em práticas reprodutivas historicamente geridas e manipuladas pelo Estado, como observado em políticas de controle de natalidade e intervenções sobre os corpos femininos.

Mbembe (2017, p. 108), ao debater o conceito de biopolítica de Foucault, atualiza essa contraproposta ao afirmar que sujeitos vulnerabilizados estão submetidos a uma necropolítica, onde “[...] a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer” (Mbembe, 2017, p. 107). Esse poder manifesta uma política que normaliza e legitima a destruição dos corpos, evidenciada pela integração da violência e exclusão nas práticas de controle social e penal, perpetuando a marginalização das populações vulneráveis (Valencia; Sepúlveda, 2016, p. 78-79). Para o autor supracitado, a necropolítica e o necropoder são ferramentas que criam “mundos de morte”, ou novas formas de existência social nas quais parte da população é relegada ao status de “mortos-vivos” (Mbembe, 2017, p. 152). O biopoder moderno seria, assim, um produto do colonialismo e da racialização, com a escravização sendo uma das primeiras instâncias de experimentação desta governamentalidade (Mbembe, 2017, p. 122).

Inclusive, “na ordem colonial, a raça operava como princípio do corpo político, permitindo classificar os seres humanos em categorias distintas [...]”. A partir disso, emerge a burocracia como dispositivo de dominação, ligando a morte e os negócios e operando como matriz essencial do poder (Mbembe, 2018, p. 109), mesmo porque, “para que se tornasse um hábito, a lógica das raças precisava ser agregada à lógica do lucro, à política da força e ao instinto da corrupção - definição exata da prática colonial” (Mbembe, 2018, p. 116).

No contexto brasileiro, marcado pelo racismo estrutural, haverá também uma íntima ligação como o controle reprodutivo. Mbembe afirma que o racismo é a tecnologia que permite ao Estado moderno exercer seu poder de matar por meio de práticas necropolíticas, que expõem certas populações à morte e violência constante (Mbembe, 2017, p. 116-117). A partir das análises de Mbembe e Foucault, pode-se concluir que a necropolítica opera ao proteger a vida de alguns, enquanto assegura a morte de outros, ou seja, o corte racial e/ou de gênero significa a valorização da vida de alguns e a depreciação da

condição humana de outros na produção sistemática de morte destes últimos enquanto regularidade da governamentalidade nacional.

No Brasil, a gestão da morte é visível nas ações estatais que buscam controlar os corpos marginalizados, especialmente os femininos, negros e periféricos, evidenciando a continuidade de uma lógica colonial que ressignifica a violência institucional (Amaral; Vargas, 2019, p. 105). O projeto estatal que favorece as populações brancas e criminaliza as negras é claro na seleção de quem deve ser protegido ou punido pelo sistema penal. Observa-se, no cenário brasileiro, como o biopoder e a necropolítica são ferramentas estatais para gerenciar as vidas que devem ser protegidas e aquelas que podem ser descartadas, reforçando uma estrutura de dominação racial e de gênero (Amaral; Vargas, 2019, p. 125-126). Essa análise oferece uma base para entender como as ações estatais promovem violência e controle sobre os corpos femininos, evidenciando as estratégias que sustentam tais práticas.

A partir dessas considerações, observa-se o questionamento de Butler acerca de quais vidas são dignas de luto, destacando a precarização e desvalorização de certas existências. Para a autora, vidas de mulheres e minorias, especialmente mulheres negras, enfrentam uma violência contínua, não apenas física, mas também social e política (Butler, 2019, p. 26-27). O cenário se agrava quando o Estado utiliza táticas de poder para regular não só a vida, como também a morte social e corporal dessas mulheres, tornando-as invisíveis (Butler, 2021, p. 38). Ademais, complementa argumentando que a violência cometida contra pessoas vistas como "irreais" não é, para quem a pratica, uma violação, já que essas vidas não são reconhecidas como "existentes" (não há lamento/luto, pois nunca foram vidas). Essas vidas, mesmo sendo negadas, continuam de alguma forma "vivas", necessitando de eliminação contínua (Butler, 2019, p. 37).

As políticas de saúde reprodutiva refletem uma abordagem biopolítica, na qual o controle da reprodução das mulheres é utilizado para administrar a população. Programas de planejamento familiar e campanhas de contracepção exemplificam como o biopoder influencia os corpos femininos. A desigualdade no acesso a esses serviços demonstra como o controle é desigual, favorecendo certos grupos em detrimento de outros (Foucault, 1988, p. 134-138).

A relação entre necropolítica e biopoder é essencial para compreender o controle estatal sobre os corpos femininos. Esses conceitos são interligados na análise da interação do Estado com os grupos sociais. A governamentalidade, entendida como o conjunto de técnicas voltadas para administrar a vida, está conectada à soberania, o poder de decidir sobre a vida e a morte, manifestando-se em práticas desiguais de controle reprodutivo e violência (Bento, 2018, p. 1).

Posto isso, está governamentalidade exige a criação contínua de zonas de morte. Portanto, essa gestão de vida e morte está interligada, não se constituindo de formas distintas. Bento argumenta que "[...] a governabilidade, para existir, precisa produzir interruptamente zonas de morte" (Bento, 2018, p. 3). Isso ilustra como a biopolítica/governamentalidade (gestão da vida) e a necropolítica (produção sistemática de morte) coexistem e se reforçam mutuamente.

Aplicando-se esses conceitos na análise da realidade brasileira, revela-se como as práticas estatais contemporâneas se conectam com a necropolítica e a biopolítica, criando uma rede de controle sobre os corpos femininos, notadamente aqueles que não se encaixam nos padrões de branquitude e classe social (Mbembe, 2017, p. 125). Nesse cenário, o corpo feminino é alvo de uma gestão voltada não apenas à reprodução da força de trabalho, mas também à manutenção de uma estrutura social racializada (Wermuth; Bemfica, 2023, p. 626).

Mortes resultantes de abortos clandestinos configuram feminicídio reprodutivo ou de Estado, inserindo-se em estratégias de gestão da vida que regulam as populações e os corpos em um contexto de necropolítica de gênero. A criminalização do aborto expõe as mulheres ao patriarcado colonial racista, que seleciona quais vidas são descartáveis e distribui desigualmente a precariedade (Abreu, 2023, p. 42).

Em suma, a intersecção entre biopolítica e necropolítica revela um modelo de governamentalidade sustentado pela criação de zonas de morte e pela perpetuação de desigualdades estruturais, especialmente de gênero e raça que normalizam a indiferença das vidas precarizadas. Ao criminalizar o aborto e restringir direitos reprodutivos, o Estado intensifica a precarização e

exclusão de mulheres, sobretudo negras, demonstrando como as políticas públicas moldam e controlam a vida e a morte.

2. A DESARTICULAÇÃO DOS HOSPITAIS DE REFERÊNCIA PARA O ABORTO LEGAL COMO ESTRATÉGIA NECROPOLÍTICA

Um hospital de referência no atendimento a vítimas de violência sexual é uma unidade de saúde devidamente habilitada e capacitada para realizar todos os procedimentos legais previstos nesses casos, incluindo a interrupção legal da gravidez. É uma instituição preparada para lidar com emergências médicas, e igualmente para proporcionar todo o suporte necessário, assegurando a integridade física e psicológica da vítima e garantindo o cumprimento de seus direitos legais (Portal de boas práticas, 2019).

Para ser considerado um hospital de referência no atendimento a vítimas de violência sexual, a instituição deve cumprir os seguintes requisitos elencados na Lei nº 12.845/2013: i) capacitação da equipe: profissionais de saúde devidamente treinados com protocolos claros e acessíveis para atender vítimas de violência sexual; ii) profilaxias obrigatórias: disponibilização de profilaxias para DSTs não virais, Hepatite B e HIV, essenciais para prevenir infecções; iii) contracepção de emergência: oferecimento de contraceptivo de emergência; iv) acompanhamento e exames periódicos: monitoramento contínuo com exames para sífilis, HIV, Hepatite B e outros conforme necessário; v) apoio psicológico: atendimento especializado para tratar o impacto psicológico da violência, como estresse pós-traumático e depressão; vi) aborto legal: habilitação para realizar interrupção legal da gravidez nos casos previstos em lei, com equipe multiprofissional e seguindo os protocolos do Ministério da Saúde; vii) cadastro no CNES: Registro no Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde para garantir habilitação formal para os procedimentos; viii) fluxo de encaminhamento: um sistema ágil para encaminhar a vítima a outra unidade de referência, caso o hospital não possa realizar todos os procedimentos necessários (Brasil, 2013; Brasil, 2015).

A análise das práticas de atendimento a abortos legais em hospitais brasileiros revela a urgência da discussão sobre necropolítica e biopolítica,

especialmente no contexto de um sistema de saúde que, de maneira alarmante, restringe o acesso a procedimentos essenciais para a saúde e dignidade das mulheres.

Essa situação demonstra como a gestão da saúde reprodutiva é permeada por relações de poder que regulam quem tem acesso a direitos fundamentais, refletindo as críticas feitas por Foucault e Mbembe sobre a governamentalidade e a necropolítica. A falta de atendimento a mulheres que necessitam de aborto legal não é apenas uma questão de disponibilidade de serviços, mas um reflexo de uma estrutura social que marginaliza e invisibiliza as vidas de muitas mulheres, principalmente aquelas em situação de vulnerabilidade, como as vítimas de violência sexual.

Organizada com base no mapeamento de dados elaborado pelos autores, a tabela a seguir representa um panorama dos hospitais e maternidades das regiões Centro Oeste, Nordeste, Norte, Sudeste e Sul do Brasil, sendo examinados diversos hospitais com o objetivo de identificar quais oferecem atendimento às mulheres que desejam e precisam fazer aborto legal. O mapeamento ilustra a disparidade e as dificuldades enfrentadas por mulheres em diferentes regiões do Brasil.

Estados Brasileiros	Hospitais ou Maternidades que realizam o aborto legal	Hospitais ou Maternidades que não realizam o aborto legal
Acre	3	
Alagoas	4	1
Amapá ¹		
Amazonas	6	
Bahia	18	
Ceará	8	1
Espírito Santo	4	
Goiás	1	
Maranhão	3	1
Mato Grosso	4	
Mato Grosso do Sul	2	
Minas Gerais	13	2
Pará	3	

¹ O Amapá era o único estado brasileiro sem nenhum serviço de aborto legal até 2023 (Brasil, 2023a), porém, em 2024, a única unidade neonatal de Roraima, que estava habilitada a fazer o aborto legal, não tem mais realizado o procedimento desde a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.378/2024, que veta a assistolia fetal, procedimento que consiste na injeção de produtos químicos no feto para evitar que ele nasça com sinais vitais (Lisboa; Biló, 2024).

Paraíba	10	
Paraná	4	
Pernambuco	8	1
Piauí	2	
Rio de Janeiro	13	
Rio Grande do Norte	4	
Rio Grande do Sul	7	
Rondônia	1	
Roraima		1
Santa Catarina	4	2
São Paulo	30	
Sergipe	1	1
Tocantins	2	1
Distrito Federal	2	2
Total	N= 157	N= 13

(Fonte: elaborado pelos autores com base em dados obtidos nos sites Artigo 19², Portal da Saúde, Ministério da Saúde, Folha de São Paulo, G1, Secretarias da Saúde, Defensoria Pública, Câmara dos Deputados, TJMA, Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Secretaria da Comunicação e Portal Catarinas).

Em 2024, no Brasil, ocorre um estupro a cada seis minutos, totalizando 83.988 casos de estupro e estupro de vulnerável. Esses números alarmantes representam um crescimento de 91,5% de 2011 a 2023 (FBSP, 2024). Muitas das vítimas, especialmente meninas, têm direito ao aborto legal, mas enfrentam barreiras como burocracia, desinformação e objeção de consciência dos profissionais de saúde. Essa dificuldade crescente para acessar o direito ao aborto legal está fortemente ligada aos dados de violência sexual no país, onde mulheres e meninas em situações previstas por lei são impedidas de obter atendimento de saúde e proteção jurídica.

Embora o aborto seja permitido por lei em casos de estupro, risco de vida para a gestante ou anencefalia do feto, as condições de acesso ao serviço são extremamente desiguais em todo o país. Nos 26 estados e no Distrito Federal, foram identificados 157 hospitais ou maternidades de referência: 15 na região Sul, 60 no Sudeste, 7 no Centro-Oeste, 58 no Nordeste, 15 no Norte e 2 no Distrito Federal. Em locais onde não há hospital no município ou mesmo no estado, como no Amapá e em Roraima, os deslocamentos em transporte público para realizar um aborto legal podem durar até quatro dias

² A Artigo19 é uma organização não-governamental de direitos humanos, atua no Brasil desde 2007, com sede em São Paulo, seu principal objetivo é defender e promover a liberdade de expressão e o acesso à informação em âmbito global.

e meio, com custos que podem alcançar R\$ 1.218,06 (Jacobs, 2022, p. 107-112).

Além da limitação de acesso físico, há também barreiras institucionais. A postura conservadora do Conselho Federal de Medicina (CFM) em relação ao aborto legal³, que enfatiza a objeção de consciência, permite que médicos recusem o procedimento com base em convicções pessoais. Esse posicionamento permite que hospitais adotem políticas restritivas, sob a alegação de “preservação” de valores éticos, contribuindo para a limitação do acesso ao aborto legal.

Quanto a este aspecto, indispensável considerar a crítica de Débora Diniz, no sentido de que, embora a objeção de consciência seja um direito fundamental, o seu exercício não é absoluto e universal. Mesmo porque, “se assim fosse, os serviços públicos de saúde sofreriam uma grave ameaça com a crescente sobreposição entre religiões e direitos na política brasileira”. Além de apresentar alternativas a esse cenário, como escalas de trabalho sem profissionais objetores e até editais de concurso público para seleção de profissionais que atuarão especificamente nos serviços de aborto legal (como já visto no Hospital Pérola Byington, em São Paulo), Diniz propõe uma importante reflexão sobre como “a objeção de consciência não se estende a todos os sujeitos como um direito absoluto de entidade”, sendo reservada aos médicos, o que também é indício de hierarquia, porquanto “é a hegemonia médica o que se resguarda quando se reconhece a intocabilidade dos sentimentos dos médicos”. Dessa forma, “a laicidade torna-se um adjetivo das políticas públicas e não um substantivo que legitimaria as práticas políticas sobre o justo em saúde” (Diniz, 2013, p. 1705-1706).

Diante dessas dificuldades concretas, o dado tabelado que indica a quantidade de hospitais de referência é contestado pelo cotidiano de meninas e mulheres que têm seus direitos negados. A seguir, pretende-se explorar alguns casos que exemplificam o quão destoante são as informações apresentadas na tabela da realidade dos brasileiros.

³ A resolução CFM nº 2.378/2024 proibia os médicos de realizarem o procedimento de assistolia fetal em gestações com mais de 22 semanas decorrentes de estupro (CFM, 2024). Por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1141, que contesta a constitucionalidade da medida, a resolução segue suspensa até o fechamento deste texto.

Em São Paulo, noticia-se a suspensão temporária dos abortos legais no Hospital Municipal e Maternidade da Vila Nova Cachoeirinha, um dos principais locais de referência para o procedimento no estado. O serviço foi suspenso sob justificativa de priorizar cirurgias eletivas e outros procedimentos de saúde da mulher (Bergamo, 2023). Contudo, essa decisão foi amplamente criticada, pois viola o direito das mulheres à dignidade e à saúde sexual e reprodutiva, como apontado pela Defensoria Pública de São Paulo (Vieira; Matias; Smith, 2023). O descumprimento da oferta do serviço levou à imposição de multas significativas em uma ação movida por parlamentares do PSOL para reparação pelos direitos violados das mulheres e meninas vítimas de violência sexual que tiveram o aborto legal negado (Vieira; Matias; Smith, 2024). A Prefeitura de São Paulo alegou uma suposta prestação de serviços ilegais, mas tal declaração é controversa/falaciosa, pois inexistem quaisquer registros dessa espécie de ocorrência desde 2019 (Audi, 2024b). Documentos obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI) não corroboram as alegações de má conduta e indicam que a interrupção pode ter sido influenciada por pressões políticas conservadoras. Além disso, há uma investigação em andamento sobre o possível vazamento de dados sigilosos de pacientes que utilizaram o serviço, apontando para uma violação de privacidade que compromete o direito a um atendimento seguro e confidencial (Audi, 2024a). A gestão de Ricardo Nunes (MDB) impulsionou as cirurgias de endometriose na rede municipal de São Paulo, destacando o Hospital Vila Nova Cachoeirinha como o mais adequado para esses procedimentos. Apesar das quedas em anos anteriores, o número de cirurgias subiu para 313 entre janeiro e agosto de 2024, zerando a fila de espera, segundo a prefeitura. No entanto, o serviço de aborto legal permanece suspenso sob a justificativa de priorizar cirurgias voltadas à saúde da mulher. Mesmo com a fila de endometriose zerada, não há previsão para a retomada do serviço na unidade de referência (Candido; Lisboa, 2024).

O Distrito Federal, entre 2020 e 2023, negou ao menos 22 pedidos de aborto sob alegação de gestação superior a 22 semanas, baseando-se em norma técnica de 2012, mesmo que a lei brasileira não fixe esse limite. Mulheres vítimas de estupro foram orientadas a manter a gravidez ou buscar adoção, gerando críticas sobre a aplicação da norma em detrimento dos

direitos legais (Martins, 2024). Em 2024, no Hospital Regional de Taguatinga (DF), médicos recusaram realizar aborto em uma mulher com câncer avançado, alegando “objeção de consciência”, mesmo com autorização do Ministério Público. Após quatro dias de trâmite exaustivo, outra equipe médica realizou o procedimento. Segundo Márcio Del Fiore, defensor público, a lei prioriza a vida da gestante e exige substituição imediata de profissionais que se recusam a atuar (Planeta ELLA, 2024).

Dois casos ocorreram em Goiás, no primeiro uma menina de 13 anos, grávida após estupro, teve o aborto negado em três ocasiões, mesmo com 18 semanas de gestação. O pai da vítima, apoiado por um advogado ligado a um grupo antiaborto, pediu que a gravidez fosse mantida, colocando a menina em risco de vida. A juíza reconheceu que não há prazo legal para aborto em casos de estupro, mas proibiu a assistolia, obrigando a menina a um parto prematuro extremo. Apesar dos riscos e críticas de especialistas sobre a falta de base científica, a juíza concedeu tutela de urgência devido ao avanço da gestação e à pressão familiar (Dias; Felizardo; Motoryn, 2024).

No segundo caso, ocorrido em 2022, uma criança de 12 anos morreu após desenvolver síndrome Hellp, agravada pela recusa em realizar aborto legal. O caso ocorreu no Hemu, listado como hospital autorizado a realizar o procedimento, expondo negligência e violações de direitos (Guimarães, 2024). O controverso é que esse hospital se encontra na lista divulgada pela Câmara de Deputados como um dos hospitais que realiza o aborto legal (Brasil, 2022).

No sul do país também foram encontrados dois casos, o primeiro em Santa Catarina, onde uma menina de 11 anos, vítima de estupro, foi mantida em abrigo para impedir um aborto legal, apesar dos riscos à saúde. Grávida de 29 semanas, enfrentou rejeição do hospital, que alegou limite técnico de 22 semanas. A decisão judicial priorizou o feto, desconsiderando os desejos da menina e os riscos médicos (Guimarães; Lara; Dias, 2022). O Ministério Público Federal interveio e o procedimento de interrupção de gestação foi realizado em junho de 2022 (Borges; Batistela, 2022).

Um outro caso ocorreu no Paraná, onde uma mulher indígena de 35 anos morreu durante o parto após ser impedida de realizar aborto legal em caso de estupro. A demora no acesso, agravada por pressões institucionais e

ameaças de processos, levou à sua morte, evidenciando falhas no sistema e violações de direitos humanos (Bergamo, 2023).

Na região Nordeste (Piauí) uma menina de 12 anos, grávida pela segunda vez após múltiplos estupros, teve o aborto negado mesmo após pedido inicial com 12 semanas de gestação. Em outubro de 2023, a juíza Elfrida Costa Belleza autorizou o procedimento, mas a decisão foi revogada em dezembro de 2023 pelo desembargador José James Gomes Pereira, alegando viabilidade fetal. A decisão foi baseada em um relatório psicológico que sugeriu que a menina teria consentido em manter a gravidez e entregar o bebê para adoção. No entanto, a atuação da Defensoria Pública foi questionada por ter defendido interesses antagônicos, favorecendo o nascituro em detrimento dos direitos da menina. A menina, abalada psicologicamente, foi enviada para abrigo, as organizações de direitos humanos denunciaram o caso à Comissão Interamericana, destacando negligência do Estado em proteger vítimas de violência sexual (Guimarães, 2023).

No Acre, o Ministério Público (MPAC) abriu um procedimento administrativo para investigar se houve falha do Hospital de Feijó ao se negar a realizar um aborto em uma gestante com feto anencéfalo. O promotor Lucas Nonato destaca o direito à saúde e a decisão da gestante de interromper a gravidez, conforme jurisprudência do STF desde 2012. A gestante foi encaminhada ao Hospital do Juruá, em Cruzeiro do Sul, onde o procedimento foi realizado (Monteiro, 2024).

Apesar de diversas pesquisas indicarem que a continuidade da gravidez em adolescentes vítimas de estupro representa riscos significativos tanto para a gestante quanto para o feto, reforçando a necessidade de considerar o aborto seguro como uma medida de proteção, a realidade das adolescentes brasileiras é outra.

Estudos mostram que adolescentes têm maior risco de morte materna e enfrentam complicações como hemorragias e partos prematuros. Além disso, gestações adolescentes aumentam o risco de morte infantil. Em casos de aborto realizado precocemente, os riscos à saúde materna e infantil são menores em comparação à continuidade da gravidez, o que destaca a importância de decisões judiciais informadas que levem em conta essas evidências (Felizardo, 2024).

A persistência de barreiras institucionais e a desinformação revelam uma negligência institucional que contribui para a marginalização das mulheres e meninas que precisam desses serviços, o que as torna alvo de uma necropolítica que, segundo Mbembe, decide quem deve viver e quem deve morrer. A luta pelo acesso ao aborto seguro se torna vital não apenas para a saúde das gestantes, mas também para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes que, muitas vezes, enfrentam as consequências de situações traumáticas.

CONCLUSÃO

A interseção entre biopolítica e necropolítica, como explorada por Foucault e Mbembe, revela uma complexa rede de controle que regula a vida e a morte das populações, especialmente no contexto brasileiro. O acesso limitado ao aborto legal destaca essa dinâmica: trata-se de uma ferramenta de poder que marginaliza e precariza a vida das mulheres, especialmente aquelas sujeitas à violência sexual e ou que enfrentam situações de vulnerabilidade. As estatísticas alarmantes sobre violência sexual e a dificuldade de acesso a cuidados de saúde reprodutiva destacam a urgência de uma mudança nas políticas que, em vez de assegurar direitos, contribuem para a precarização da vida de grupos específicos.

Ao contextualizar as ações do Estado dentro desse quadro de biopolítica e necropolítica, torna-se evidente que a luta por direitos reprodutivos é, em última análise, uma luta por dignidade e pelo reconhecimento da humanidade de todas as mulheres. O caso dos hospitais de referência para o aborto legal no Brasil exemplifica esse controle seletivo sobre corpos femininos, com um sistema que marginaliza mulheres, especialmente negras e periféricas, e dificulta seu acesso a serviços essenciais. Essas barreiras, reforçadas pela objeção de consciência e pelo conservadorismo institucional, ilustram como a necropolítica se manifesta em práticas de saúde pública, com o Estado decidindo, por meio de omissões e restrições, quais vidas são consideradas dignas de proteção.

A ausência de serviços de saúde reprodutiva acessíveis e a resistência institucional indicam que o sistema privilegia certas vidas em detrimento de

outras, legitimando, assim, práticas necropolíticas e biopolíticas que perpetuam a exclusão e a desumanização de populações específicas.

As estatísticas alarmantes sobre violência sexual e as dificuldades impostas ao acesso ao aborto legal demonstram que essas questões não se limitam a falhas isoladas. São, na verdade, indícios de uma política estruturada que busca o controle dos corpos femininos por meio de barreiras burocráticas e sociais, comprometendo a saúde, a dignidade e os direitos dessas mulheres.

Portanto, esta análise crítica ressalta a importância de políticas públicas que desmantelam as estruturas de opressão e promovam a justiça social e a equidade, indo além de garantias superficiais e atuando sobre as causas das desigualdades. A discussão sobre o aborto legal, assim, deve transcender o tema em si e abarcar uma perspectiva de justiça social que reivinde não apenas o direito à saúde, mas também o reconhecimento de todas as vidas como igualmente merecedoras de proteção e respeito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Claudia da Silva. Descolonizando corpos: feminicídio reprodutivo e a cocalpabilidade do estado. **Argumentum**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 38–52, 2023. DOI: 10.47456/argumentum.v15i1.39005. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/39005>. Acesso em: 13 set. 2024.

AMARAL, Augusto Jobim do; VARGAS, Melody Claire Schmidt. Necropolítica, racismo e sistema penal brasileiro. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 11, n. 01, p. 103-143, 2019. DOI: 10.32361/20191117194.

ARTIGO19. **Mapa Aborto Legal**. 2019. Disponível em: <https://mapabortionlegal.org>. Acesso em: 30 set. 2024.

AUDI, Amanda. **A cruzada contra o aborto legal – com Amanda Audi**. 2024b Disponível em: <https://apublica.org/podcast/2024/05/podcast-pauta-publica/a-cruzada-contra-o-aborto-legal-com-amanda-audi/>. Acesso em: 01 nov. 2024.

AUDI, Amanda. **Prefeitura de SP suspendeu serviço de aborto legal sem denúncias de irregularidades**. 2024a. Disponível em: <https://apublica.org/2024/05/prefeitura-de-sp-suspendeu-servico-de-aborto-legal-sem-denuncias-de-irregularidades/>. Acesso em: 01 nov. 2024.

BASSI, Ana Elisa. **Quase 100 abortos legais foram feitos em 1,5 ano no ES; 'É um direito, não é uma prática que vai contra a lei', diz especialista.** 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2024/06/28/quase-100-abortos-legais-foram-feitos-em-15-ano-no-es.ghtml>. Acesso em: 23 out. 2024.

BENTO, Berenice. Necrobiopoder: quem pode habitar o Estado-nação?. **Cadernos Pagu**, v. 53, p. e185305, 2018.

BERGAMO, Mônica. **Mulher indígena morre no parto após ter aborto legal negado no Paraná.** 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2023/11/mulher-indigena-morre-no-parto-apos-ter-aborto-legal-negado-no-parana-e-defensoria-aponta-feminicidio.shtml#:~:text=Uma%20mulher%20indigena%20que%20teve,sido%20vítima%20de%20violência%20sexual>. Acesso em: 19 nov. 2024.

BERGAMO, Mônica. **Prefeitura de SP suspende realização de aborto legal em hospital de referência.** 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2023/12/prefeitura-de-sp-suspende-realizacao-de-aborto-legal-em-hospital-de-referencia.shtml#:~:text=Segundo%20a%20prefeitura%2C%20a%20paralisa%C3%A7%C3%A3o,%20procedimento%2C%20diz%20a%20secretaria>. Acesso em: 22 out. 2024.

BORGES, Caroline; BATISTELA, Clarissa. **Menina de 11 anos que foi estuprada em SC consegue fazer aborto, diz MPF.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/23/menina-de-11-anos-que-foi-estuprada-em-sc-consegue-fazer-aborto-diz-mpf.ghtml>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Ofício nº 2408/2022/ASPAR/MS. **Requerimento de Informação nº 455/2022.** 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=2206300. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Paraná. **Modelo de Ofício.** 2024a. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwibsJSeyAxXdH7kGHb4vCzAQFnoECB4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.defensoriapublica.pr.def.br%2Fsites%2Fdefault%2Farquivos_restritos%2Ffiles%2Fdocumento%2F2024-03%2Fmodelo_de_oficio_-_regionais_de_saude_-_solicita_encaminhamento_de_casos_de_negativa_de_pedido_de_aborto_e_esclarece_quanto_ao_fluxo_de_atendimento_para_o_aborto_legal.docx&usg=AOvVaw1yjXgWa-fIDTBAjfPy_TNH&opi=89978449. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Governo da Paraíba conta com Rede de Atendimento para Vítimas de Violência Sexual. João Pessoa, 2024. Disponível em: <https://paraiba.pb.gov.br/noticias/governo-da-paraiba-conta-com-rede-de-atendimento-para-vitimas-de-violencia-sexual>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l112845.htm. Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico - Notificações de violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2015 a 2021. 2023a. Disponível em: <https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2023/05/Boletim-Epidemiologico-Vol.-54-no-08.pdf>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com registro de informações e notificação compulsória no sistema de saúde: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_pessoas_violencia_sexual_norma_tecnica.pdf. Acesso em: 1 nov. 2024.

BRASIL. Ministério Público Estadual. Feijó: MPAC recomenda que Hospital Geral assegure aborto legal sem decisão judicial. 2024c. Disponível em: <https://www.mpac.mp.br/feijo-mpac-recomenda-que-hospital-geral-assegure-aborto-legal-sem-decisao-judicial/>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. Cartilha de atenção humanizada à interrupção legal da gravidez em Santa Catarina. Florianópolis: MPSC, 2023b. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/sc/sala-de-imprensa/docs/Cartilha%20de%20Atencao%20Humanizada%20a%20Interrupcao%20Legal%20da%20Gravidez%20em%20SC.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Secretaria da Comunicação. Saúde divulga novo canal de atendimento do Savis do Hospital e Maternidade Dona Regina. 2024d. Disponível em: <https://www.to.gov.br/secom/noticias/saude-divulga-novo-canal-de-atendimento-do-savis-do-hospital-e-maternidade-dona-regina/5i9oba9bk7w1>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Secretaria da Saúde. Atendimento a vítimas de violência sexual - Aborto Legal. 2024e. Disponível em: <https://www.saude.ba.gov.br/atencao-a-saude/abortolegal/>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Secretaria da Saúde. Programa de Interrupção Gestacional Prevista em Lei - PIGL. 2024f. Disponível em:

<https://www.saude.df.gov.br/programa-de-interrupcao-gestacional-prevista-em-lei-pigl>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Secretaria da Saúde. **RS dispõe de mais um serviço para interrupção da gravidez em caso de estupro**. 2019. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/rs-dispoe-de-mais-um-servico-para-interrupcao-da-gravidez-em-caso-de-estupro#:~:text=Na%20Capital%2C%20o%20Hospital%20de,Geral%20de%20Caxias%20do%20Sul>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Secretaria da Saúde. **Vítimas de violência sexual têm assistência especializada do Estado**. 2021. Disponível em: <https://www.to.gov.br/saude/noticias/vitimas-de-violencia-sexual-tem-assistencia-especializada-do-estado/2wooh15ugloo#:~:text=Além%20do%20Dona%20Regina%2C%20o,%2C%20psicólogos%2C%20psiquiatras%20e%20outros>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde. **Aborto previsto em lei - unidades de atendimento para interrupção da gestação**. 2017. Disponível em: <https://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/homepage/outros-destaques/violencias/aborto-previsto-em-lei-unidades-de-atendimento-para-interrupcao-da-gestacao>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde. **Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020**. Disponível em: <https://www.saude.sc.gov.br/index.php/informacoes-gerais-documentos/atencao-basica/nucleos/nucleo-de-atencao-a-saude-da-mulher-crianca-e-adolescente/manuais-e-publicacoes-saude-da-mulher/18514-interrupcao-legal-da-gestacao/file>. Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. Secretaria de Estado de Saúde - SES. **Solicitar atendimento para interrupção da gestação nos casos previstos em lei**. 2024g. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/servico/solicitar-atendimento-para-interrupcao-da-gestacao-nos-casos-previstos-em-lei>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Secretaria Municipal de Saúde (SEMUSA). **Porto Velho possui unidade referência no atendimento às vítimas de violência sexual**. 2023c. Disponível em: <https://semusa.portovelho.ro.gov.br/artigo/38795/apoio-porto-velho-possui-unidade-referencia-no-atendimento-as-vitimas-de-violencia-sexual#:~:text=A%20Maternidade%20Municipal%20M  e%20Esperan  a,nos%20casos%20previstos%20em%20lei>. Acesso em: 22 out. 2024.

BUTLER, Judith. **A força da não violência**: um vínculo ético-político. São Paulo: Boitempo, 2021.

BUTLER, Judith. **Vida precária**: os poderes do luto e da violência. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

CANDIDO, Marcos. LISBOA, Luana. **Mesmo com fila da endometriose zerada, SP não reativa serviço de aborto em hospital de referência.**

Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2024/11/mesmo-com-fila-da-endometriose-zerada-sp-nao-reactiva-servico-de-aborto-em-hospital-de-referencia.shtml>. Acesso em: 16 dez. 2024.

CARVALHO, Jess. **Nove horas de viagem para fazer o aborto legal em Santa Catarina.** 2022. Disponível em: <https://catarinast.info/nove-horas-de-viagem-para-fazer-o-aborto-legal-em-santa-catarina/#:~:text=Os%20outros%20dois%20mencionados%20pelo,Santa%20Catarina%2C%20não%20fazem%20abortos>. Acesso em: 29 out. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.378/2024.** Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2024/2378>. Acesso em: 20 nov. 2024.

DIAS, Tatiana; FELIZARDO, Nayara; MOTORYN, Paulo. **'Uma luta contra o tempo' Justiça obriga menina de 13 anos a manter gestação após estupro em Goiás.** Disponível em:

<https://www.intercept.com.br/2024/07/10/justica-obriga-menina-de-13-anos-a-manter-gestacao-apos-estupro-em-goias/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

DINIZ, Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde.

Cadernos de Saúde Pública, v. 29, p. 1704-1706, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/kTXML5K9KppMLGhx4MNRrn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 dez. 2024.

FELIZARDO, Nayara. **Cinco estudos que todo juiz deveria ler antes de decidir sobre aborto.** 2024. Disponível em:

<https://www.intercept.com.br/2024/07/24/estudos-aborto/>. Acesso em: 04 out. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Segurança em números 2024.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024.

Disponível em:

<https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/c2423188-bd9c-4845-9e66-a330ab677b56/content>. Acesso em: 1 nov. 2024.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I:** A vontade de saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

GUIMARÃES, Paula. Juíza nomeia curadora para defender feto contra aborto de criança estuprada no Piauí. **Catarinas**, 2023. Disponível em: <https://catarinas.info/juiza-nomeia-defensor-do-feto-contra-crianca-estuprada/>. Acesso em: 06 nov. 2024.

GUIMARÃES, Paula. Menina de Goiás e o marco temporal do aborto legal. **Catarinas**, 2024. Disponível em: <https://catarinas.info/menina-de-goias-e-o-marco-temporal-do-aborto-legal-2/>. Acesso em: 06 nov. 2024.

GUIMARÃES, Paula; LARA, Bruna de; DIAS, Tatiana. Vídeo: em audiência, juíza de SC induz menina de 11 anos grávida após estupro a desistir de aborto. **Catarinas**, 2022. Disponível em: <https://catarinas.info/video-em-audiencia-juiza-de-sc-induz-menina-de-11-anos-gravida-apos-estupro-a-desistir-de-aborto/>. Acesso em: 06 nov. 2024.

JACOBS, Marina Gasino. **Oferta e realização de interrupção legal de gravidez no Brasil:** análise de dados dos Sistemas de Informações Ambulatoriais e Hospitalares e do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina Centro de Ciências da Saúde Programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva Doutorado em Saúde Coletiva, Florianópolis, 2022. disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/235606/PGSC0322-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em 23 out. 2024.

LAGES, Astrid. **Evangelina Rosa é destaque nacional em assistência a mulheres vítimas de violência sexual.** 2023. Disponível em: <https://www.saude.pi.gov.br/noticias/2017-08-28/8201/evangelina-rosa-e-destaque-nacional-em-assistencia-a-mulheres-vitimas-de-violencia-sexual.html>. Acesso em: 22 out. 2024.

LISBOA, Luana; BILÓ, Gabriela. **Estado com maior fecundidade de meninas de 10 a 14 anos, Roraima dificulta abortos legais.** 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2024/06/estado-com-maior-fecundidade-de-meninas-de-10-a-14-anos-roraima-dificulta-abortos-legais.shtml#:~:text=A%20única%20unidade%20neonatal%20de,a%20Nossa%20Senhora%20de%20Nazareth>. Acesso em: 22 out. 2024.

MARTINS, Jonatas. **Exclusivo:** DF negou pedidos de aborto legal a vítimas de estupro. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/exclusivo-df-negou-pedidos-de-aborto-legal-a-vitimas-de-estupro>. Acesso em: 14 nov. 2024.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra.** São Paulo: n-1, 2018.

MBEMBE, Achille. **Políticas de Inimizade.** Lisboa: Antígona, 2017.

MONTEIRO, Hellen. **Hospital de Feijó se nega a fazer aborto em gestante de feto anencéfalo e vira alvo do MP.** 2024. Disponível em:

<https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2024/02/03/hospital-de-feijo-se-negar-a-fazer-aborto-em-gestante-de-feto-anencefalo-e-vira-alvo-do-mp.ghtml>. Acesso em: 22 out. 2024.

PLANETA ELLA. Justiça autoriza, mas equipe médica nega aborto legal a mulher com câncer. Disponível em:
<https://www.instagram.com/p/DB1TpmARGdb/?igsh=MTJybWlmczNubnhqdA==>. Acesso em: 12 nov. 2024.

PORTAL DE BOAS PRÁTICAS. Principais Questões sobre Aborto Legal. 2019. Disponível em:<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-aborto-legal/>. Acesso em: 21 out. 2024.

SANTANA, Valquíria. Instituições elaboram carta de compromisso sobre aborto legal. Portal do TJMA, 2023. Disponível em:
<https://www.tjma.jus.br/midia/portal/noticia/508503/instituicoes-elaboram-carta-de-compromisso-sobre-aborto-legal>. Acesso em: 23 out. 2024.

TORRES, Josenildo. Sesau assegura rede de proteção à mulher vítima de violência; conheça os serviços. 2023. Disponível em:
<https://www.saude.al.gov.br/sesau-assegura-rede-de-protecao-a-mulher-vitima-de-violencia-conheca-os-servicos/>. Acesso em: 22 out. 2024.

VALENCIA, Sayak; SEPÚLVEDA, Katia. Del fascinante fascismo a la fascinante violencia: psico/bio/necro/política y mercado gore. **Revista de pensamiento, crítica y estudios latinoamericanos Mitologías Hoy**, v. 14, p. 75-91, 2016. DOI: 10.5565/rev/mitologias.395.

VIEIRA, Bianka; MATIAS, Karina; SMITH, Manoella. Ação cobra R\$ 10,9 milhões da Prefeitura de SP por negar acesso a aborto legal. 2024. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2024/09/acao-cobra-r-109-milhoes-da-prefeitura-de-sp-por-negar-acesso-a-aborto-legal.shtml>. Acesso em: 04 out. 2024.

VIEIRA, Bianka; MATIAS, Karina; SMITH, Manoella. Prefeitura de SP suspende realização de aborto legal em hospital de referência. 2023. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2023/12/prefeitura-de-sp-suspende-realizacao-de-aborto-legal-em-hospital-de-referencia.shtml>. Acesso em: 04 out. 2024.

WERMUTH, Ângelo Maiquel; BEMFICA, Melina Macedo. O controle disciplinar e biopolítico sobre a sexualidade através da terapia de reversão de orientação sexual: uma análise do desfecho da Reclamação Constitucional nº 31.818. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 623–649, 2023. DOI: 10.21783/rei.v9i2.623. Disponível em:

<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/623>. Acesso em: 13 set. 2024.

Recebido em: 27/05/2025
 Aceito em: 05/08/2025
 DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-12172



O DIREITO CIVIL E O COMPORTAMENTO DAS PARTES NA RESILIÇÃO CONTRATUAL UNILATERAL

CIVIL LAW AND THE PARTIES' BEHAVIOR IN UNILATERAL CONTRACT TERMINATION

Luiz Fernando Mingati

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Pós-graduado em Direito e Processo Previdenciário pelo Instituto Damásio de Direito. Advogado e membro da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB São Paulo. Secretário-geral e Presidente da Comissão de Direito Previdenciário da 264ª Subseção da OAB de Palmeira d'Oeste-SP.

lmingati@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0009-3089-861X>

Richard Rodrigues da Silva

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ) e em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Professor na Estácio FAPAN e na UNEMAT. Sócio do Escritório Colione, Rodrigues e Vanini, atuando principalmente nos seguintes temas: direito de família e sucessões.

richardrodrigues.adv@outlook.com

Robert Wagner Conceição Simões

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD-SP). Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio. Graduado em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul.

robert.conseg@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5254-4382>

RESUMO: Este artigo analisa a formação e a extinção dos contratos, com ênfase na resilião unilateral. A pesquisa inicia-se com uma explanação detalhada sobre a formação do contrato, estruturada em quatro etapas distintas: (1) negociações preliminares; (2) proposta; (3) contrato preliminar; e (4) conclusão do contrato. A cada uma dessas fases é atribuída relevância no contexto da autonomia privada, destacando-se a necessidade de comportamentos éticos nas relações contratuais. Em continuidade, são discutidos os mecanismos de extinção contratual por resilião e salientada a diferença entre resilião bilateral – fruto de um consenso mútuo – e resilião unilateral, que ocorre mediante a decisão de apenas uma das partes. O estudo, além disso, investiga a função social do contrato e a boa-fé objetiva como princípios fundamentais para prevenir abusos e garantir equidade nas relações contratuais. Para ilustrar como tais pilares são aplicados na prática jurídica contemporânea, o trabalho se apoia em revisões bibliográficas e análise de jurisprudência relevante. Por fim, conclui-se que, dada a complexidade das relações contratuais, é preciso harmonizar a autonomia das partes com os deveres éticos que orientam tanto a formação quanto a extinção dos contratos, contribuindo, assim, para uma atuação jurídica mais justa e responsável.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Resilião Contratual; Resilião Unilateral; Boa-fé.

ABSTRACT: This article analyses the formation and extinction of contracts, with a special emphasis on unilateral termination. The research begins with a detailed explanation of the contract formation process, structured in four distinct stages: (1) Phase of preliminary negotiations, (2) Phase of proposal, (3) Phase of preliminary contract, and (4) Phase of conclusion of the contract. Each of these phases is considered relevant in the context of private autonomy, also highlighting the need for ethical behavior in contractual relationships. The second section, the mechanisms of contractual termination by resiliency are discussed, emphasizing the difference between bilateral termination — the result of a mutual consensus — and unilateral termination, which occurs through the decision of only one of the parties. In continuity, the research analyses the importance of the social function of the contract and objective good faith as fundamental principles to prevent abuses and ensure equity in contractual relations. Furthermore, the work is based on a comprehensive literature review and relevant jurisprudence to demonstrate how these principles are applied in contemporary legal practice. Finally, the article concludes that the complexity of contractual relations requires a harmonization between the autonomy of the parties and the ethical duties that should guide both the formation and extinction of contracts, thus contributing to a fairer and more responsible legal performance.

KEYWORDS: Civil Law; Contract Termination; Unilateral Termination; Good Faith.

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa trazer noções conceituais sobre a formação e a extinção do contrato através da resilião, com destaque à resilião unilateral, debatendo a boa-fé objetiva e a função social do contrato como circunstâncias que equalizam a autonomia de vontade das partes durante a realização do referido momento contratual.

Isso posto, no tocante à primeira parte do artigo (estudo do contrato em si), será abordada, de maneira conceitual, a formação do aludido instrumento como um processo sistematizado, delineado em quatro etapas principais – negociações preliminares; proposta, polícia ou oblação; contrato preliminar; e conclusão. Busca-se, assim, evidenciar a importância de cada uma delas na estrutura do contrato e a responsabilidade civil no âmbito da autonomia privada.

Já na segunda parte do artigo, será dada ênfase a uma das formas de extinção do contrato – a resilião –, com foco na resilião unilateral, que ocorre quando apenas uma das partes decide pôr fim ao ajuste anteriormente firmado. Além disso, levando em conta tal circunstância, será analisado se haveria limitações, em cotejo aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva e à liberdade da parte em resilir o contrato a qualquer tempo e modo.

Dessarte, a presente investigação, destinada à comunidade acadêmica e aos profissionais da área jurídica, tem como principal escopo o estudo do contrato, sobretudo de sua extinção pela resilião. Por meio do método dedutivo, pretende-se demonstrar que, para uma das partes não ser prejudicada com o término antecipado do contrato, é necessário efetuar a leitura do documento à luz da boa-fé objetiva e da sua função social, na intenção de consubstanciar a equidade na relação contratual.

1. FASES RELEVANTES DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Cumpre inicialmente salientar que, de acordo com a doutrina, o contrato se estabelece pela convergência de duas ou mais vontades, sendo este o fundamento da autonomia privada. Diante disso, e observada sua estrutura básica, é possível identificar quatro etapas em sua formação, quais sejam: (1)

negociações preliminares; (2) proposta, políciação ou oblação; (3) contrato preliminar; e (4) contrato definitivo ou de conclusão do contrato.

Em referência às negociações preliminares, descreve Maria Helena Diniz (2002, p. 46) que “*nada mais são do que conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante, tendo em vista o contrato futuro, sem que haja qualquer vinculação entre os participantes*”. Sob essa lógica, a mencionada fase é caracterizada, em suma, pelos debates e pelas tratativas que precedem à formalização de um contrato (preliminar ou definitivo).

Ademais, embora essa etapa não esteja expressamente regulamentada na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil - CC), ela é crucial, pois acontece antes da formalização da proposta, sendo frequentemente referida como fase de proposta não formalizada. Nesse sentido, tem-se, como um exemplo claro de tal fase, a assinatura da chamada carta de intenções, que reflete a vontade das partes de estabelecer um contrato futuro, sem, no entanto, criar obrigações vinculativas.

De outra face, a inexistência de regulação no atual Código Civil implica que as discussões preliminares não criem vínculos obrigacionais entre as partes, diferentemente do que ocorre com a proposta ou políciação, segundo estabelecido no art. 427 do *Codex*¹.

Leciona ainda Maria Helena Diniz (2002, p. 46) que não haveria, em regra, responsabilidade civil contratual nessa fase do negócio, conforme segue:

Deveras, esta fase pré-contratual não cria direitos nem obrigações, mas tem por objeto o preparo do consentimento das partes para a conclusão do negócio jurídico contratual, não estabelecendo qualquer laço convencional. (...) Logo, não se poderá imputar responsabilidade civil àquele que houver interrompido essas negociações, pois, se não há proposta concreta, nada existe, se nada existe de positivo, o contrato ainda não entrou em processo formativo, nem se iniciou. Já que as partes têm por escopo a realização de um ato negocial que satisfaça seus mútuos interesses, se uma delas verificar que isso não será possível, por lhe ser inconveniente, assiste-lhe o direito de recusar, dando por findas as negociações, recusando-se a entabular o acordo definitivo. (...)

Como se observa do aresto destacado, de fato, nessa fase de debates ou negociações preliminares, não há vinculação quanto à celebração do contrato definitivo. Todavia, em linha com Flávio Tartuce (2019, p. 220), existem correntes doutrinárias que admitem a possibilidade de responsabilização contratual durante essa etapa do negócio jurídico, fundamentada na aplicação

¹ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

do princípio da boa-fé objetiva – princípio intrinsecamente ligado à eticidade, a qual se configura como um dos pilares da atual codificação privada.

A propósito, nesse contexto, aponta-se a fundamentação da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, *in verbis*:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. DESPESAS ACESSÓRIAS. DESISTÊNCIA UNILATERAL IMOTIVADA. DANO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. QUEBRA DA BOA FÉ OBJETIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA (ART. 186 CC). **Em regra, as negociações preliminares não vinculam as partes ao futuro contrato, além de não gerar qualquer responsabilidade contratual. Todavia, presente a quebra da boa-fé objetiva, que por força do artigo 422 do CC, também se aplica à fase pré-contratual, os danos eventuais que daí decorrerem devem ser resarcidos com base no artigo 186 do CC.** Neste sentido: "APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO INDENIZATÓRIA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. ALEGADA PACTUAÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS LIQUÍFEITO DE PETRÓLEO (GLP) - INEXISTÊNCIA DE INSTRUMENTO CONTRATUAL ASSINADO PELAS PARTES - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA FORMAÇÃO COMPLETA DO CONTRATO - INCIDÊNCIA DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - FASE DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES EM ESTÁGIO AVANÇADO - CARACTERIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO E DA FROTA - CONTRATO VERBAL DE COMPRA E VENDA DE GLP - ENCERRAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA - DEVER DE BOA-FÉ NÃO OBSERVADO - QUEBRA DA EXPECTATIVA DE CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR . **A formação dos contratos segue um processo caracterizado basicamente pelas fases de negociações preliminares, proposta definitiva e aceitação.** Não comprovada a ocorrência das duas últimas, inviável se dizer que foi concluída a contratação. Verificado, por outro lado, que a etapa das negociações preliminares estava em estágio avançado, é possível a existência de lesão geradora do dever de indenizar, em decorrência da inobservância dos deveres de lealdade e boa-fé, os quais devem estar presentes também nas fases pré e pós-contratual. [...]" (TJ/SC, ap. 2011.004197-6, rel. Des. Robson Luz Varella, 2^a Câm. Dir. Com., 03/02/15)". RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA². **(Grifado)**

Concernente à fase de proposta, políciação ou oblação (arts. 427 a 435, CC), aduz Adalberto Simão Filho (2018, p. 512) ser "[...] uma declaração unilateral e receptícia da vontade, por meio da qual uma pessoa manifesta sua intenção de se considerar contratualmente vinculada, caso a outra pessoa aceite a oferta, sem condições". Dessa maneira, ela representa a manifestação da vontade de uma das partes em estabelecer um contrato, buscando a anuência da outra parte envolvida. Tal proposta é entendida como uma declaração

² TJ-SC - RI: 00024526520118240062 São João Batista 0002452-65.2011 .8.24.0062, Relator.: Rudson Marcos, Data de Julgamento: 10/11/2016, Primeira Turma de Recursos - Capital.

unilateral de vontade receptícia, ou seja, seus efeitos somente se concretizam a partir do momento em que é recebida pela parte a quem se destina.

Já no que tange à formação da proposta, reconhecem-se dois sujeitos: de um lado, o solicitante, proponente ou solicitante – aquele que apresenta a proposta (escrita, oral ou tácita) –; de outro, o solicitado, oblato ou solicitado – aquele que recebe a proposta em questão. Nessa relação, caso o solicitado aceite a proposta, assume o *status* de aceitante, resultando no aperfeiçoamento do contrato mediante o denominado encontro de vontades. Não obstante, alternativamente, o solicitado pode decidir formular uma contraproposta, situação na qual há uma inversão dos papéis: o proponente torna-se oblato e vice-versa, sempre observando o dever de informar a outra parte, em concordância com o Código Civil.

Impende sublinhar que o caráter recentíssimo da declaração é preservado mesmo quando a promessa é dirigida ao público, uma vez que assim dispõe o *caput* do art. 429, CC: “*A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos*”.

Por conseguinte, nos termos do art. 427 do *Codex*, a proposta impõe uma vinculação ao proponente, tornando-o responsável pela celebração do contrato definitivo, sendo que a inobservância dessa obrigação pode acarretar a responsabilização por perdas e danos – nessa conjuntura, o oblato é classificado como determinável, em oposição ao status de determinado. À vista disso, a proposta obriga o proponente a cumprir os requisitos essenciais do contrato, a menos que as circunstâncias ou os usos indiquem expressamente o contrário.

Sucede também que a revogação da oferta ao público é permitida, desde que essa possibilidade esteja claramente prevista na proposta original. Sob essas condições, a revogação deve ser comunicada pela mesma via utilizada para a divulgação da oferta, atendendo ao dever de informar a parte contrária, tal como estipulado no parágrafo único do art. 429, CC: “*Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realiza*”.

A par de todo o exposto, é relevante notar que, nos contratos celebrados entre presentes, a proposta pode prever um prazo para aceitação – na sua falta, a aceitação deve ser manifestada de forma imediata. Então, quando um prazo é

determinado, a aceitação deve ocorrer dentro desse período, sob pena de não ser considerada válida, ressalvados os casos de aceitação tácita. Outrossim, quando aceita fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará em nova proposta (art. 431, CC). Logo, o contrato se forma no exato momento em que o oblato aceita a proposta, configurando o encontro de vontades das partes envolvidas.

Em contrapartida, consideram-se concluídos os contratos realizados entre ausentes quando a aceitação é expedida (art. 434, *caput*, CC). Desse modo, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2023, p. 751), o legislador tem adotado a teoria da expedição, a qual “é razoável, pois propicia equânime balanceamento entre os interesses do proponente e do aceitante, da confiança e da responsabilidade”.

A terceira etapa da formação dos contratos, por seu turno, corresponde à fase do contrato preliminar, caracterizada pelo acordo preparatório, cujo fim é obrigar as partes à conclusão de um contrato futuro, conforme previsto pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

O contrato preliminar é aquele por meio do qual as partes se comprometem a celebrar outro contrato, denominado principal ou definitivo, gerando, pois, obrigação de fazer. Diferencia-se o contrato preliminar do principal pelo objeto que, no preliminar, é a obrigação de concluir o principal, enquanto neste é a própria prestação substancial, como a de vender a coisa. Presume-se irretratável, caso em que se uma das partes desistir do negócio, sem justa causa, poderá a outra exigir-lhe o cumprimento ou considerá-lo desfeito e pleitear perdas e danos³.

Ante o apresentado, constata-se que o contrato preliminar (também conhecido como contrato preparatório ou promessa de contrato – arts. 462 a 466, CC) é identificado quando o documento contém todos os elementos do contrato a celebrar, tais quais consentimento das partes, coisa e preço, de acordo com o art. 462 CC. Isso evidencia a bilateralidade e a probabilidade de conclusão do contrato por meio da proposta e da aceitação.

Em continuidade, ao analisar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ)⁴, é possível averiguar que, segundo o

³ TJ-GO - AI: 03753328520208090000 GOIÂNIA, Relator.: Des(a). MARCUS DA COSTA FERREIRA, Data de Julgamento: 14/10/2020, 5^a Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 14/10/2020.

⁴ TJ-RJ - APL: 00651241320108190021, Relator.: Des(a). MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 16/11/2021, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/11/2021.

art. 463 do Código Civil, uma vez concluído o contrato preliminar – com observância do disposto no art. 462 do *Codex*, e na ausência de cláusula de arrependimento –, qualquer uma das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Dispõe o TJRJ que a cláusula de arrependimento informada, a qual mitiga a força vinculante do contrato preliminar direcionado à celebração do contrato definitivo, é condição que pode ser expressa e previamente estipulada entre os promitentes e cujo efetivo exercício afasta o adimplemento do contrato definitivo mediante o pagamento de multa penitencial.

A direção definida em julgamento da Corte de Justiça do Distrito Federal vai no mesmo sentido:

APELAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO PRELIMINAR DE RESERVA DE IMÓVEIS. ASSINATURA DO CONTRATO DEFINITIVO. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO. AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA. PRORROGAÇÃO TÁCITA. **EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO.** DIREITO DE RETENÇÃO DO SINAL. OBSERVÂNCIA AOS TERMOS DO CONTRATO. 1. A cláusula do contrato preliminar que fixa prazo para assinatura do contrato definitivo gera obrigação mútua aos contratantes. 2. A supressão, ou seja, a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pela falta de seu exercício por razoável lapso temporal, resulta na mitigação do pacta sunt servanda. Assim, quando comprovado que as partes, por acordo tácito, passaram a renegociar os termos do negócio jurídico definitivo para além do prazo acordado, reconhece-se a renúncia ao prazo estipulado para o cumprimento da obrigação. 3. **Diante de cláusula expressa, no contrato preliminar, do direito de arrependimento do contratante, admite-se a possibilidade da desistência do negócio, desde que garantido à promitente vendedora a retenção de parte do valor do sinal, conforme estipulado no contrato.** 4. As arras, quando servem como princípio de pagamento e como prefixação das perdas e danos pelo exercício do direito de arrependimento, possuem caráter dúblice, atraindo a dicção do artigo 420 do Código Civil, de acordo com a qual, uma vez estipulado o direito de arrependimento, as arras terão feição indenizatória, excluindo qualquer outra reparação pecuniária. 5. Nos contratos preliminares, o direito dos contratantes de se exigir a celebração do contrato definitivo é condicionado à inexistência de cláusula de arrependimento. 6. A busca pelo provimento jurisdicional de um direito que a parte entende possuir, sem que haja conduta evidentemente maliciosa e desleal, não configura litigância de má-fé, ainda que, no julgamento do mérito, o pedido se mostre improcedente. 7. Apelação conhecida e parcialmente provida⁵. **(grifado)**

Nessa orientação, o contrato preliminar se circunscreve à celebração de um contrato futuro (definitivo ou principal), este sim capaz de alterar a situação

⁵ TJ-DF 20160111082855 DF 0030852-76.2016.8 .07.0001, Relator.: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 16/08/2018, 8ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 21/08/2018. Pág.: 523/525.

jurídica dos contraentes, ainda que antecipando o cumprimento de algumas obrigações constantes do contrato definitivo, como já restou decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O contrato preliminar, portanto, tem como principal objeto a prolação futura pelas partes de um contrato definitivo:

CONTRATO PRELIMINAR – FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO DEFINITIVA – LIMITES DA INDENIZAÇÃO – RECURSO NÃO PROVÍDO – O contrato preliminar tem como objeto a realização de um contrato definitivo e, nos termos do art. 465 do C.C., se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos. As perdas e danos a mencionadas no dispositivo legal referem-se exclusivamente às despesas e prejuízos decorrentes da frustração da realização do negócio principal, que ainda não existia⁶.

Já na fase final da formação do contrato, denominada fase de conclusão (ou contrato definitivo), o encontro de vontades – resultante da liberdade contratual e da autonomia privada envolvidas – leva à formalização do instrumento, o qual é reduzido a termo (em geral) e assinado pelos contratantes. Ademais, em regra, o contrato é considerado celebrado no local em que fora proposto (art. 435, CC), sendo irrelevante à espécie o local de expedição do aceite pelo oblado.

A partir desse instante, o contrato atinge seu aperfeiçoamento, passando a gerar todas as suas consequências jurídicas, incluindo aquelas pertinentes à responsabilidade civil contratual pelo inadimplemento do contrato (arts. 390 e seguintes, CC). Esse momento é crucial, dado que estabelece os direitos e deveres das partes, vinculando-as legalmente em relação ao acordado.

Assim, destacados os pontos relevantes acerca da formação do contrato, passar-se-á a análise, na seção seguinte, da extinção do contrato pela via da resilição e do comportamento das partes quando da resilição contratual feita de modo unilateral.

⁶ TJ-SP - APL: 10018384920148260008 SP 1001838-49.2014.8 .26.0008, Relator.: Ronnie Herbert Barros Soares, Data de Julgamento: 30/09/2016, 10^a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/09/2016.

2. EXTINÇÃO DO CONTRATO POR RESILIÇÃO

Com base na discussão da primeira parte do artigo, é certo apontar que, para um contrato ser realizado, faz-se necessário, entre outras coisas, que haja convergência de vontade das partes – tanto para a confecção inicial do contrato quanto para seu cumprimento integral. Logo, partindo da premissa de que os contratantes estão satisfeitos com a formulação do contrato, elaborado para beneficiar ambas as partes, o mais comum é que ele siga seu curso conforme foi redigido.

Porém, as relações interpessoais que envolvem o ser humano são complexas, contrariando, muitas vezes, a lógica de continuidade contratual. Pode ocorrer de uma das partes, ou ambas, desejar interromper a relação jurídica contratual antes do prazo originariamente previsto, o que é juridicamente denominado de resilição. Trata-se, em consonância com Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2023, p. 823), de um “*acordo de vontades cujo desiderato é a extinção de um contrato em execução*” – tal condição é perfeitamente possível e está prevista e acobertada pelo ordenamento jurídico, como se observará a seguir.

A resilição advém de circunstâncias supervenientes à contratação, localizando-se no plano da eficácia e acarretando uma ineficácia superveniente de uma relação jurídica que é válida, ou seja, aqui está se falando de uma relação originariamente perfeita, cuja perda de eficácia é posterior. O contrato continua válido, com os seus efeitos produzidos até o momento em que a resilição é efetuada (Leonardo, 2016).

Essa espécie de extinção de contrato acontece quando existe a vontade das partes (ou pelo menos de uma delas) de encerrar o contrato antes de seu termo final. Quando essa vontade é mútua, chama-se de resilição bilateral, também conhecida como distrato. Por seu turno, se apenas uma das partes optar pelo encerramento do vínculo contratual, tem-se a resilição unilateral, feita através da denúncia.

Todavia, não se pode perder de vista que a resilição é diferente da denominada resolução contratual. Na primeira, o contrato pode ser extinto, segundo leciona Orlando Gomes (2009, p. 217), pela simples declaração de

vontade de uma ou de ambas as partes contratantes, ao passo que, na segunda, a referida extinção – prevista ou não em contrato – decorre da impossibilidade de cumprimento da prestação por uma das partes, tal qual dispõe Ruy Rosado de Aguiar Junior (2004, p. 20):

A resolução é um modo de extinção dos contratos, decorrente do exercício do direito formativo do credor diante do incumprimento do devedor. Pode constar de cláusula contratual expressa (resolução convencional, art. 747 do Código Civil); mas, exista ou não previsão contratual, a regra do art. 475 do Código Civil incide sobre todos os contratos bilaterais, autorizando o credor a pedir em juízo a resolução do contrato descumprido (resolução legal)

Isso posto, é possível inferir que, na resilição contratual, diferentemente do que se verifica na resolução, não há inadimplemento contratual, ou por outra, não há descumprimento das obrigações estabelecidas no contrato, mas tão somente de vontade de uma ou de ambas as partes, que, em comum acordo, deliberam pelo término das relações obrigacionais, consequentemente se retratando do acordo inicial.

Assim, trazendo mais uma vez as palavras de Orlando Gomes (1973, p. 203/204):

Sob o nome de resilição, usado pelos juristas franceses, designa-se o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dois contratantes... Etimologicamente, do latim *resilire*, significa: "voltar atrás". Resilir um contrato é, tecnicamente, cortar o vínculo por várias causas específicas, do mesmo modo que rescindi-lo é dissolvê-lo, mas por outras causas, assim como o é, resolvê-lo... Seguindo a terminologia francesa, reserva-se aqui o vocábulo resilição para dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes. Neste sentido é propriamente o acordo de vontades para pôr termo a um contrato, desfazimento, de comum acordo, do laço que prendia os contratantes. Sua forma pura e, assim, o distrato, mas também sucede pela vontade de um só dos contratantes. Há, portanto, resilição bilateral e unilateral.

A resilição – seja bilateral, seja unilateral – relativiza a força vinculante dos contratos, estando seu fundamento consubstanciado na autonomia privada (Junior, 2015). Portanto, perante as premissas genéricas da extinção do contrato encontradas na resilição, é importante diferenciar suas duas espécies, o que será detalhado à frente.

2.1 Resilição Bilateral

Quando se fala em resilição bilateral (ou distrato), instrumento previsto no art. 472 do Código Civil⁷, estar-se-á se referindo a um negócio jurídico bilateral, no qual as partes deliberam sobre o término das relações obrigacionais, ou melhor, liberam-se do contrato, retratando-se do acordo inicial. Em tal contexto, o acordo de vontades que criou o contrato, inversamente, o destrói (Loureiro, 2011).

Nesse sentido, sob a ótica de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2023, p. 823-824), a resilição bilateral:

Possui natureza de *negócio jurídico bilateral destinado à extinção contratual*. Por **mútuo consenso** as partes deliberam pelo término das relações obrigacionais. Em qualquer tipo de contrato é viável o exercício da autonomia privada, para o retrato do acordo inicial, como forma de derrogação do *pacta sunt servanda*. O distrato opera **efeitos ex-nunc**, sem a capacidade de desconstituir as situações jurídicas produzidas no curso do contrato em favor das partes e de terceiros, dispensado ao seu aperfeiçoamento a intervenção do judiciário. A resilição bilateral é um **novo contrato**, cujo teor é, simultaneamente, igual e oposto ao do contrato primitivo. Com isso, as partes se libertam do vínculo obrigacional em andamento – ou sequer cumprido – já que o distrato é inidôneo para a solução de contratos cujo termo já expirou ou cujos efeitos já se desvaneceram.

Dessarte, diante do explicitado e da leitura do art. 472 do Código Civil, percebe-se que a resilição bilateral é tratada pelo Codex como distrato, cujos efeitos, como aduzem Pontes de Miranda (1984), Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2023), são *ex-nunc* – um modo de extinção não retroativo do contrato pelo poder da vontade de ambas as partes. No entanto, há posicionamentos em defesa de que os contratantes possam estabelecer a maneira como os efeitos do distrato operarão, se *ex-nunc* ou *extunc*.

Ademais, o distrato deve ser realizado da mesma forma que o contrato. Em outros dizeres, se o contrato for feito por instrumento público, por exemplo, o distrato também deverá ser, sob pena de ser considerado inválido, a teor da previsão contida no art. 166, IV, CC⁸. Contudo, nada impede que, ausente solenidade à celebração do contrato, as partes possam inseri-la quando da

⁷ Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

⁸ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] IV - não revestir a forma prescrita em lei.

lavratura do distrato, em concordância com o Enunciado nº 584 da VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal - CJF⁹.

Além da disposição do Código Civil, a resilição bilateral se encontra estabelecida na Lei nº 9.615/1998, conhecida como Lei Pelé, no seu inciso I, do parágrafo 5, do artigo 28, que reza o seguinte:

§ 5º O vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

I - com o término da vigência do contrato ou o seu distrato; (Brasil, 1998)

Ante o explicado na aludida lei, é possível compreender que o distrato formalizado entre o jogador e o clube ocorre com bastante frequência no mundo futebolístico. Não é raro ver um jogador de futebol infeliz no clube que o contratou, desejando não mais jogar naquele time devido a questões relacionadas ao ambiente de trabalho, ao país, ao técnico ou até mesmo à torcida. Da mesma maneira, usualmente tem-se um clube de futebol desapontado com o jogador por imaginar que se encaixaria melhor no time, por seu perfil explosivo, por sua postura mais rígida ou por outro motivo de âmbito trabalhista e/ou jurídico envolvendo as partes.

Nesse quadro, como o interesse no rompimento do vínculo contratual é de ambos os lados, é muito comum, conforme dito alhures, que as partes se reúnam e coloquem fim ao contrato antecipadamente através da resilição bilateral, com o jogador buscando um novo clube e o clube buscando um novo jogador.

Importante enfatizar que, assim como o citado no início desta subseção em referência à diferença entre resilição e resolução, o caso descrito não envolve descumprimento dos deveres do jogador, como falta ou atraso nos treinos, nem o descumprimento de deveres do clube, como atraso no pagamento de salário. O que ocorre, de fato, é um desinteresse na continuidade do que foi contratado por ambas as partes, as quais procedem, então, ao distrato.

⁹ Enunciado nº 584: “Desde que não haja forma exigida para a substância do contrato, admite-se que o distrato seja pactuado de forma livre.” Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200700017950. Acesso em: 14 abr. 2025.

Na resilição unilateral, igualmente, não há descumprimento de dever, embora se diferencie da resilição bilateral, sobretudo porque, como o próprio nome diz, corresponde à iniciativa de apenas uma das partes, consoante ao exposto adiante.

2.2 Resilição Unilateral

Como debatido, a outra espécie de resolução, a unilateral, distingue-se da bilateral ante o fato de que aqui não se trata de um acordo, mas sim da imposição de um dos contratantes à extinção de um contrato por prazo indeterminado. Pode-se dizer que ela se fundamenta no princípio de que a ninguém é dado permanecer indefinidamente vinculado ao contrato. Além do mais, tal faculdade deve ser permitida expressa ou implicitamente no contrato – em algumas circunstâncias, a própria lei veicula o acesso a essa espécie de resilição (Bonini, 2015).

Vale salientar que a resilição unilateral consiste em um direito potestativo, exercido por uma pessoa sem que a outra parte possa contestar (Leonardo, 2016), e está prevista no art. 473 do Código Civil, o qual preceitua: “A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, se opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Da mesma forma que a bilateral, a resilição unilateral opera efeitos *ex-nunc*, pois como houve um poder concedido à parte de se liberar do contrato, nada mais natural que seus efeitos se irradiem somente para o futuro, mantendo-se os compromissos já assumidos.

Ainda a respeito desse ponto, apesar de o legislador ordinário ter atribuído a palavra “denúncia” como sinônimo de resilição unilateral, é basilar esclarecer a diferença doutrinária acerca dos termos.

A denúncia é o ato jurídico por meio do qual se evita a continuidade da relação jurídica – podendo, inclusive, segundo Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2023, p. 824), possuir efeitos *ex-tunc*, com o consequente desfazimento de algumas ou de todas as situações jurídicas anteriormente firmadas, posto que, em virtude da natureza negocial desse instrumento, é lícito às partes ajustar a extensão de sua eficácia. Por seu turno, a resilição unilateral propriamente dita desfaz a eficácia a partir de determinado

ponto. Essa distinção, aliás, é explicada metaforicamente por Pontes de Miranda (2012):

O que iria continuar, e deixa de continuar, porque houve a resilição, foi atingido pelo corte que se fez. É como se uma frase estivesse feita e estivesse sendo lida, mas se interrompeu a leitura, para sempre. Não é o que se passa com a denúncia. A frase que estava lendo foi lida. O que se quer, de agora em diante, é não mais se escreva o que se ia escrevendo e escrito não fora.

Ademais, a própria lei, em alguns casos, possibilita o acesso à denúncia contratual, como acontece na revogação do mandato, prevista no art. 682 do Código Civil: “Cessa o mandato: I - pela revogação ou pela renúncia”. Nessa conjectura, a mencionada previsão legal ocorre, não raras as vezes, no tocante ao mandato conferido ao advogado. Dessa maneira, o mandante, ou outorgante, após contratar advogado para representá-lo em um processo judicial, poderá resilir unilateralmente aquele mandato, constituindo novo advogado para a demanda. Diferentemente do outro exemplo exposto neste artigo, no qual o jogador e o clube de futebol desejam o fim da relação contratual antecipadamente, aqui apenas uma das partes do contrato busca seu término.

Entretanto, é preciso esclarecer, mais uma vez, que os efeitos de tal rompimento, via de regra, não retroagirão ao início do pacto contratual, mas tão só desse momento em diante, e as partes permanecerão vinculadas ao que foi contratado. Isso porque, como dizia o escritor Graciliano Ramos (1982), “é fácil se livrar das responsabilidades, difícil é escapar das consequências por ter se livrado delas”.

É justamente quanto à essa questão, ou melhor, às consequências dessa “escapada” contratual, que a subseção seguinte visará responder, com base no confronto entre a vontade individualizada das partes e os princípios que regem os contratos – em especial os da função social e da boa-fé objetiva –, o questionamento: é possível que uma das partes coloque fim ao contrato antecipadamente, quando entender, sem sofrer nenhum reflexo por isso?

2.3 Do adequado comportamento das Partes na Resilição Contratual Unilateral

Antes de adentrar a análise proposta, necessária se faz a compreensão básica dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Assim, por boa-fé objetiva entende-se uma norma de conduta que impõe aos participantes uma relação obrigacional pautada pela lealdade e colaboração, na qual se considera os legítimos interesses da contraparte e se exige uma atitude positiva de cooperação (Martins-Costa, 2002).

No que se refere ao princípio da função social do contrato, Eduardo Tomasevicius Filho (2005) sustenta que este é um instituto jurídico destinado a fazer justiça a um caso em concreto, limitando e impondo deveres à liberdade de contratar, quando isso causar reflexos na sociedade como um todo. Nessa orientação, para Junqueira de Azevedo (1998), tal princípio se destina a integrar os contratos em uma ordem social harmônica, impedindo tanto os que prejudicam a coletividade quanto os que prejudicam ilicitamente pessoas determinadas.

Destacados os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, e voltando-se ao questionamento disposto no final da subseção anterior, observa-se inicialmente que o parágrafo único do art. 473 do Código Civil confere importante norte à análise do proposto, revelando que: “se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Mediante a redação do artigo, depreende-se que a parte não terá direito de resilir o contrato a qualquer momento, haja vista que as consequências da resilição unilateral somente se operarão após o transcurso do prazo que justifique e equilibre os investimentos realizados pela outra parte em razão daquele contrato então entabulado.

Desse modo, é válido concluir que o citado parágrafo único do art. 473 CC possui o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito ou sem causa (abuso de poder econômico), desestimulando o desequilíbrio na relação contratual, a qual, ao contrário, deve ter equivalência material (Martins, 1992).

Portanto, se na resilição unilateral houver abuso de direito, atentando contra a boa-fé objetiva e infringindo a estabilidade das relações contratuais, será preciso ultrapassar o período mínimo para adequação da natureza do contrato ao importe dos investimentos, congelando a manutenção da relação jurídica (Leonardo, 2016).

Sob esse ângulo, se é franqueado o exercício do direito potestativo de resilição unilateral a um dos contratantes, o ordenamento jurídico não pode permitir que referido exercício colida com o fim econômico ou social do contrato, ou ainda da boa-fé objetiva e dos bons costumes.

Em outros dizeres, não se pode admitir que a resilição unilateral lese a legítima expectativa e a confiança da outra parte que acreditou na consistência da relação jurídica, sendo fundamental o dever recíproco de fidelidade, que passaria a ser o “centro de gravidade” da relação jurídica, evitando-se arbitrariedade ou abuso de direito (Larenz, 1958).

Nessa mesma linha de raciocínio, dispõem Farias, Rosenvald e Netto (2023, p. 825):

O parágrafo único do art. 473 do Código Civil prevê **suspensão da eficácia** da resilição unilateral nas hipóteses em que uma das partes tenha efetuado *investimentos consideráveis* por acreditar na estabilidade da relação contratual. Cuida a regra em apreço da **extensão compulsória da vigência do contrato**. Aqui, há uma perceptível aplicação da teoria do abuso do direito limitando o exercício ilegítimo de direitos potestativos (art. 187, CC). Se em princípio o contratante usa livremente o direito potestativo de resilição unilateral, o ordenamento jurídico não pode permitir que o exercício de tal faculdade lese a legítima expectativa de confiança da outra parte, que acreditou na consistência da relação jurídica a ponto de efetuar razoável dispêndio naquela atividade econômica. (grifo nosso).

Um exemplo ilustrativo ocorreu durante o julgamento do REsp 1.112.796/PR, o qual versou sobre um caso relacionado à denúncia de contrato de uma distribuidora de bebidas, que possuía cláusula de exclusividade com o contratante. O contrato, em vigência há mais de 20 anos e com grandes investimentos para a manutenção da distribuição, foi rescindido unilateralmente pela fabricante de bebidas. Como resultado, a empresa, criada no intento de distribuir bebidas da fabricante em questão, teve suas atividades encerradas.

O voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro Luis Felipe Salomão foi elucidativo no que tange à abusividade da fabricante de bebidas. Em suas palavras:

De fato, se após vinte anos de relação contratual o autor não mais possuía, genuinamente, nenhuma liberdade de contratação, somando-se a isso a aderência deste ao plano de excelência criado pela concedente - o qual gerou investimentos comprovadamente elevados por parte da concessionária -, encontra-se bem caracterizado o repudiado *venire contra factum proprium* a conduta da recorrente em rescindir o contrato sem justificativa plausível, apenas por desinteresse comercial, “agraciando” a concessionária, que verdadeiramente era sua parceira comercial, com exíguo prazo de seis meses para a reestruturação de uma empresa que, por duas décadas, serviu-lhe de distribuidora. (...)

Tal conduta não enxerga, absolutamente, nenhuma função social nem no contrato nem na empresa que, a seguir o comando contratual levado a efeito pela recorrente, não teria outro destino senão a bancarrota. (Brasil, 2010).

Além disso, o Ministro Relator sublinhou a função social, sinalizando que não se pode agir contra a própria conduta (*venire contra factum proprium*), e manteve a condenação da fabricante de bebidas que rescindiu o contrato de maneira danosa para a distribuidora.

Nesse tipo de situação, embora a autonomia volitiva para o encerramento do contrato seja albergada pelo ordenamento jurídico, devem ser observados os danos causados à outra parte, em respeito a boa-fé objetiva e lealdade entre os contratantes. Caso isso não ocorra, o Poder Judiciário deve ser chamado para a análise do caso em concreto (Gureck Neto, Misugi, Efing, 2016).

Tendo em mente tal questão, Luciano Benetti Timm (2015) afirma que o liberalismo e a autonomia da vontade privada não são suficientes para a nova realidade social capitalista, de forma que o contrato deve ser enxergado como fato social, com ideologia solidarista, para que o sistema social seja atendido.

Dessarte, a equidade e o equilíbrio da relação contratual necessitam ser perseguidos, pois tais pilares interessam a toda a sociedade. A autonomia de vontade, por esse motivo, deve ceder espaço à função social do contrato, sempre que a desvantagem de um dos contratantes restar evidenciada diante da resilião unilateral.

CONCLUSÃO

Com base nas considerações teóricas feitas ao longo desta pesquisa, buscou-se averiguar, de início, a legislação e o conceito relativos ao contrato, compreendido como um processo multifacetado e estruturado em quatro etapas:

negociações preliminares, proposta, contrato preliminar e conclusão. Cada uma dessas fases, detalhadas no artigo, desempenha um papel crucial na definição da relação jurídica entre as partes, refletindo os princípios da autonomia privada e da boa-fé, essenciais para a segurança nas transações contratuais.

Em continuidade, foram explorados aspectos conceituais, legais e exemplificativos da extinção do contrato, especificamente da resilição bilateral e unilateral. Enfatizaram-se, ademais, a função social do contrato e a boa-fé objetiva no que se refere à resilição unilateral, trazendo trecho de um julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Na discussão, constatou-se que, a despeito de os contratantes possuírem liberdade para resilir o contrato, o ajuste não poderá ser realizado a qualquer momento e sem levar em conta as particularidades do avençado, devendo esse “escape” contratual respeitar a equidade, especialmente quando se trata da resilição unilateral.

Nessa perspectiva, a função social do contrato e a boa-fé objetiva precisam ser observadas para que a equidade da relação contratual seja preservada, posto que a resilição unilateral não pode trazer desvantagem demasiada a um dos contratantes. Portanto, o equilíbrio da relação contratual é indispensável e supera o direito potestativo e a autonomia de vontade do contratante. Em tal cenário, cabe ao Poder Judiciário intervir, quando necessário, para manter a paridade entre os contratantes, analisando o contrato como fato social.

À vista disso, em linhas gerais, este artigo almejou o aprofundamento das relações contratuais, sobretudo no tocante à resilição dos contratos e ao equilíbrio contratual. Longe de ser algo conclusivo, o intuito foi discutir e tentar promover uma ampliação acerca do assunto, buscando fomentar a compreensão e o debate para fins de construção de pensamento voltado à boa consecução dos contratos, em conformidade com as disposições legais e as jurisprudenciais pertinentes ao tema.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BONINI, Paulo Rogério. Resilição Contratual. Relações Civis-Empresariais. Interpretação do Art. 473, Parágrafo único, CC. Consequências do Exercício da Resilição Unilateral. Indenização x Prolongamento do Contrato. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 16, nº 39, p. 191-199, Jan./Mar. 2015. Disponível em:
<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/37de%202011.pdf?d=636688261614679211>. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. **Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 mar. 1998. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial no 1.112.796/PR**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 10 ago. 2010a. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200700017950. Acesso em: 15 mar 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Acesso em: 14 abr. 2025.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil - Contratos**., Saraiva: São Paulo, 2002.

FARIAS, Cristiano Chave de; NETTO, Felipe Fraga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

FILHO, Adalberto Simão. Sistema de formação e classificação de contratos em ambiente de sociedade da informação. In: **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, V. 2. Disponível em:
<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=107104>. Acesso em: 15 abr. 2024.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1973.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GURECK NETO, Leonardo; MISUGI, Guilherme; EFING, Antônio Carlos. A boa-fé objetiva na resilição de contratos de longa duração e o cumprimento da função social. **Revista Jurídica da Presidência** [recurso eletrônico], Brasília, v. 18, n. 114, fev./maio 2016. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/105636/Leonardo%20Gureck%20Neto.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2025.

JUNIOR, A. G. J. IN: Resolução, rescisão, resilição e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, 15, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/177>. Acesso em: 02 mar. 2025.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S. l.], v. 7, p. 95–118, 2016. Disponível em: <https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/18>. Acesso em: 14 mar. 2025.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contratos. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 609-648.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Não renovação de contrato de distribuição de bebidas com distribuidora que serviu à concedente por período superior a 10 anos sem qualquer indenização – inexistência de justa causa - enriquecimento ilícito caracterizado por aproveitamento, sem qualquer remuneração do trabalho alheio – conformação do abuso do poder econômico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 62, out-dez./1992. Disponível em: <https://gandramartins.adv.br/parecer/nao-renovacao-de-contrato-de-distribuicao-de-bebidas-com-distribuidora-que-serviu-a-concedente-por-periodo-superior-a-10-anos-sem-qualquer-indenizacao-inexistencia-de-justa-causa-enriquecimento-il/>. Acesso em: 10 mar. 2025.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e tâxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RAMOS, G. **Vidas Secas**. 48. ed. São Paulo: Record, 1982.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo, *et. al.* **Fundamentos do direito civil**, vol. 3 – Contratos 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TIMM, Luciano. **Direito Contratual Brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**, volume 42. n. 168. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 2005.

Recebido em: 07/06/2024
Aceito em: 12/08/2025
DOI: 10.25110/rcjs.v28i1.2025-11321



MEDIDA DE SEGURANÇA E POLÍTICA ANTIMANICOMIAL

SECURITY MEASURES AND ANTI-ASYLUM POLICY

*Karita Larissa Alves da
Silva*

Bacharel em Direito pela Faculdade dos Carajás, participou do Projeto de Extensão Humanizando o Direito da Universidade Federal do Tocantins e do Grupo de Estudos do Observatório de Políticas Criminais, Direitos Humanos e Cidadania, pela Faculdade dos Carajás. Discente do Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS.

karitalarissa61@gmail.com

*Thiago Tadeu de
Amorim Carvalho*

Mestre em Propriedade Intelectual I e Transferência de Tecnologia para a Inovação pelo PROFNIT (2020-2022).

Possui pós-graduação em Ciências Penais pelo Instituto Luís Flávio Gomes e também é pós-graduado em Direito Médico pelo instituto Verbo Jurídico. Coordenador da Comissão de Pesquisa Institucional da Faculdade dos Carajás (2022-2023). Possui graduação em Letras pela Universidade Estadual do Maranhão (2001-2006). Possui graduação em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (2008-2013).

thiagoamorim.jus@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0362-8082>

RESUMO: O trabalho se trata das medidas de segurança e sua legalidade no âmbito da política antimanicomial. O objetivo do trabalho é refletir acerca das condições nas quais os internos são expostos observando suas condições e se elas são válidas. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica em três fases: a primeira fase traduziu-se em seleção de artigos e autores relevantes para o tema considerando número de citações e ano de publicação; a segunda fase se constituiu no estudo das obras escolhidas para retratar o tema; a terceira fase concebeu-se da análise comparativa das publicações e concepções da revisão com base na problemática em prol de explorar o que foi descoberto em relação a temática, construir novas perspectivas e ratificar teses a respeito do tema através da pesquisa. A partir das descobertas, verificou-se que existiam lacunas de ilegalidade e inconstitucionalidade no limite temporal da medida de segurança e na forma de sua aplicação. Além disso, observou-se que o caso de Damiao Ximenes Lopes auxiliou na alteração da política de saúde mental no Brasil pelo viés antimanicomial em que a internação foi substituída pelo tratamento ambulatorial, pois, se constatou através desse e de outros casos a obsolescência do manicômio. A Lei nº 10.216 conhecida Lei Antimanicomial, atravessa a problemática da medida de segurança, visto que, ao contrário do Código Penal que possui uma política arcaica destinado aos acometidos de doença mental, a lei antimanicomial se constitui nos princípios da dignidade da pessoa humana e de inserção do louco ao convívio social.

PALAVRAS-CHAVE: Medida de Segurança; Antimanicomial; Manicômio Judiciário.

ABSTRACT: This paper deals with security measures and their legality in the context of the anti-asylum policy. The aim of the work is to reflect on the conditions in which inmates are exposed, looking at their conditions and whether they are valid. That said, the methodology used was a three-stage literature review: the first stage involved selecting articles and authors relevant to the topic, taking into account the number of citations and year of publication; the second stage consisted of studying the works chosen to portray the topic; the third stage consisted of a comparative analysis of the publications and conceptions of the review based on the problem in order to explore what was discovered in relation to the topic, build new perspectives and ratify theses on the subject through research. In the meantime, based on the findings, it was found that there were gaps of illegality and unconstitutionality in the time limit of the security measure and in the way it is applied. In addition, it was observed that the case of Damiao Ximenes Lopes helped to change mental health policy in Brazil through an anti-asylum bias and stance in which hospitalization was replaced by outpatient treatment, as this and other cases showed the obsolescence of the asylum.

KEYWORDS: Security measures; Anti-asylum; Judicial Asylum.

Como citar: SILVA, Karita Larissa Alves da, CARVALHO, Thiago Tadeu de Amorim. Medida de segurança e política antimanicomial. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, Umuarama, v. 28, n. 1, p. 313-331, 2025.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva estudar a legalidade e constitucionalidade da medida de segurança observando se há obsolescência nessa sanção penal e se a falta de limite temporal dessa pena obsta o verdadeiro cumprimento da função da pena e se está de acordo com as diretrizes da nossa Constituição Federal.

A pesquisa verificou que trabalhos anteriores dissertaram sobre a problemática e que autores renomados como Foucault já discutiam a questão do manicômio. Dessa forma, conclui-se que o trabalho se embasa no conhecimento teórico que foi construído a respeito do tema ao longo dos anos e na perspectiva humanista da questão.

O trabalho justifica-se pela questão do sofrimento mental dos internos que ficam em isolamento por tempo indeterminado. Assim, procura alcançar um viés humanitário não encontrado nas medidas de segurança, uma vez que a falta de limitação temporal institucionaliza os maus tratos, já que a forma de aplicação não se coaduna com uma perspectiva objetiva dos direitos humanos.

A metodologia de revisão bibliográfica foi utilizada para que houvesse uma maior contextualização da medida de segurança e uma análise mais detida sobre o caso.

A fim de fundamentar seus objetivos, esta pesquisa utilizou-se do caso de Damião Ximenes, trabalhando-o de forma criteriosa, uma vez que esta situação gerou influência internacional na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois verificou-se os maus-tratos conferidos a um interno psicológico. O caso tem extrema relevância já que mudou a perspectiva da política de saúde mental no Brasil. Sendo assim, alterou-se também em tese o viés do manicômio judiciário que também se insere nessa política.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 Medida de Segurança

No Código Penal, a medida de segurança é a sanção imposta, de caráter supostamente terapêutico, imposta a quem pratica qualquer delito, mas que não possuía, na época do fato, responsabilidade penal, isto é, apesar de existir tipicidade e ilicitude do ato, o indivíduo acometido por transtorno mental não possuía capacidade parcial ou total de discernimento e compreensão do ilícito, ou seja, culpabilidade. Como demonstra o artigo 26 do Código Penal:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Brasil, 1940)

Para a doutrina, segundo Bitencourt (2012), ao acometido por doença mental aplica-se a medida de segurança. Entretanto, no que diz respeito aos casos de semi-imputabilidade (aqueles pessoas que tinham certa culpabilidade no momento do fato) a pena será diminuída. A medida de segurança será aplicada apenas se comprovada a necessidade.

Ocorre que, conforme determinação expressa do Código Penal em seu artigo 97, o instituto da medida de segurança vem sendo utilizado até hoje de maneira bastante indiscriminada, muitas vezes levando a uma punição de caráter perpétuo. Isso se deve à disseminação da ideia de periculosidade ad aeternum, que propõe a internação por tempo indeterminado até a cessação da periculosidade (CAETANO & TEDESCO, 2020). Conforme demonstra o artigo 97 do Código Penal:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Brasil, Código Penal, 1940)

A medida de segurança é inerente ao sistema bipartite de sanção penal que se divide em sistema de culpabilidade (pena) e sistema de periculosidade (medida de segurança). Por um lado, o sistema de culpabilidade se baseia na possibilidade de se exigir conduta diversa do agente, por isso, aplica pena. De outro modo, o sistema de periculosidade justifica sua existência no potencial ofensivo do acometido por doença mental de vir a cometer novos crimes.

O sistema de periculosidade abrange uma enorme contradição pois a medida de segurança ocorre baseada em um fato passado, mas a motivação da pena está em um possível fato futuro, isto é, na periculosidade do agente (Juncal, 2018)

Dessa forma, a psiquiatria acaba por desenvolver um papel de “futurologia” que pouco se baseia em dados científicos. Para Wolf (2003), esse trabalho de “futurismo” trabalha com a discricionariedade e não são neutros trata-se de um exercício de suposições que distribuem preconceitos e estigmas. Nesta senda, a análise de periculosidade impede até mesmo a garantia do direito ao devido processo legal, e à presunção de não culpabilidade relacionado aos fatos futuros.

Dessa forma, o direito penal deixa de ser democrático para decair-se no direito penal do autor, ou seja, abdica-se da análise do crime efetivamente cometido e caminha para um exame subjetivo da índole do autor do crime (JUNCAL, 2018). No entendimento de Foucault (2001) “o que se pune através do exame psiquiátrico no processo penal é a dicotomia entre o psicológico e moral do sujeito, e não o crime”.

Dessa maneira, através do direito penal do autor, há uma espécie de “etiquetamento” do indivíduo considerado louco. A ideia se constrói em cima da perspectiva da existência de uma periculosidade própria do doente mental que justificaria o instituto penal da medida de segurança. Sendo assim, a Escola Positivista do século XIX buscou diferenciar os sujeitos considerados normais dos vistos como criminosos a partir de um critério biológico de doença (Juncal, 2018).

Nesta senda, a teoria da periculosidade, está muito vinculada ao pensamento reacionário de Lombroso (2007), para quem definiu o louco infrator como uma variedade da espécie humana que possuía características anatômicas e psicológicas que indicassem uma ferocidade original, isto é uma

disposição da alma para certos crimes. Isso decorreu, em um chamariz para uma frágil sustentação científica de determinismo biológico que contribuiu como fundamento para ideias racistas e eugênicas) (Caetano; Tedesco, 2020). Ocorre que, muitas vezes o criminoso nato era identificado com as pessoas de baixas classes sociais e em vulnerabilidade.

Dessa forma, a manutenção da medida de segurança advém de uma perspectiva de anomalia biológica do sujeito, isto é, do caráter perigoso do autor e não do crime que ele cometeu, ou, da construção histórica e social da vida do indivíduo. A intervenção estatal se dá em função do que o sujeito é, desse modo, tem-se uma ingerência do estado completamente arbitrária.

Sendo assim, a medida de segurança demonstra a exceção da vida nua como apontado por Agamben (2004). De um lado, existiria a vida simples meramente reprodutiva e por outro a vida qualificada aos quais os escravos, por exemplo, não tinham acesso. A política ocidental surgiu por meio da exclusão da vida nua (simples) e se fundamenta no caráter dialético da exclusão-inclusão. Dessa maneira, o estado de exceção baseia-se toda a estrutura da modernidade e seria a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por isso, a medida de segurança seria um estado de exceção uma vez que divide o indivíduo considerado “normal” do “louco”, dessa forma, um é excluído para que o outro seja incluído.

1.2 O debate da constitucionalidade da medida de segurança e o limite de pena

A reforma ocorrida no Código Penal em 1984 trouxe em seu artigo 96, somente duas espécies de medida de segurança: a internação em hospital de custódia e o tratamento ambulatorial. Na internação psiquiátrica, o cumprimento da medida de segurança é efetivado nas instâncias dos hospitais psiquiátricos, que possuem as mesmas características asilares, dos antes conhecidos como manicômios judiciários. Já no tratamento ambulatorial, os indivíduos são forçados a cumprir tratamento psiquiátrico, mas sem a permanência no hospital. Essa espécie é para o Código Penal uma medida excepcional quando o crime for punível com detenção (Giacaria, Almeida, 2019).

Dessa forma, conclui-se que a gravidade do delito é o elemento que distingue a espécie de medida de segurança. O artigo 97 do Código Penal, que indica a espécie de medida está em dissonância com a Constituição Federal, pois a individualização da pena é princípio de extrema importância, isto é, a Constituição Federal privilegia às circunstâncias individuais do infrator para que a pena esteja em adequação.

Acresce ainda que os escritos do Código Penal quanto às medidas de segurança são anteriores à Lei Antimanicomial (2001), e pelo princípio da especialidade, foram derogadas por ela, uma vez que a legislação tratou inteiramente da conduta a ser tomada quanto aos doentes mentais, inclusive os que cometem delitos. Dessa maneira, previu o tratamento ambulatorial como espécie primordial de medida de segurança aplicando a internação apenas sob justificativas extremas.

Desse modo, verifica-se que no Código Penal (1940), artigo 97, a prevê limite mínimo para pena, não obstante sem prever limite máximo. Dessa maneira, verifica-se o caráter discriminatório concedido ao louco criminoso em relação ao detento comum. Posto isso, é preciso findar por vez a indeterminação temporal das medidas de segurança, pois não se coadunam com o Estado de Direito e a vedação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b) previstos na Constituição Federal. A periculosidade de quem lesiona um bem jurídico não pode ser visto como maior que o de outro indivíduo que cometeu o mesmo crime, apenas porque o primeiro padece de doença mental. Sendo assim, é cabível que se reconheça a constitucionalidade de tal dispositivo que indetermina a pena da medida de segurança vez que violam a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, quem cumpre medida de segurança passa mais tempo preso do que os criminosos em pena comum. O isolamento, torna-se supostamente prática de saúde mental e qualquer resquício de autonomia é retirado do doente, uma vez que, é inimputável e não responde por si (JUNCAL, 2018). Sendo assim, não é necessário garantir marcos temporais de início e fim da pena, visto que, a periculosidade justifica a imprecisão quanto ao tempo de cessação da medida de segurança.

A liberdade individual, garantia da Carta Magna, é definida como a decisão do que se fazer com o próprio tempo, liberdade essa que é retirada do

doente ao ser institucionalizado. A incerteza quanto a duração de sua pena é a mais visível残酷 cometida contra o doente mental, pois é incerta a garantia de liberdade futura (Baumont, 2020).

Sob a luz do entendimento de Beccaria (1764), a gravidade do mal do crime não buscara paralelo com a intensidade da pena, mas quanto a quantidade da duração. É fato que, após o período de humanização das penas com o advento do iluminismo em que se superou os suplícios e as sanções corporais, a pena traduz-se em um castigo que se mede com o tempo (Baumont, 2020). Dessa forma, com a solidificação da pena privativa de liberdade ao longo dos séculos criou-se o ideal da prisão como resposta única possível para reparação de um crime.

No ordenamento jurídico, a proporcionalidade baseia a quantificação da pena, isto é, quanto mais grave considera-se um delito, maior é a aplicação da pena imposta. Ocorre que, de acordo com Messuti (2003) esse pressuposto não passa de uma ficção legal, pois, o que se quer com a pena é demonstrar o desacordo com o crime cometido, sendo assim, busca-se o afastamento do indivíduo da sociedade e a promoção da vingança que cada cidadão pretenderia exercer no criminoso.

Na lógica da medida de segurança não há uma condenação em si, e sim uma absolvição imprópria. Entretanto, deixar o inimputável em liberdade seria como aceitação do crime perante a sociedade o que é para ela inaceitável, pois, o sentimento de resposta ao crime não estaria satisfeito.

Nas palavras de Foucault (2006), o hospital psiquiátrico existe para que a loucura se realize, ou seja, a realização da doença não é desvio da função do manicômio, e sim, o motivo de sua existência. Dessa forma, o manicômio existe para que a loucura se realize distante do seio da sociedade. A limitação temporal da internação, não é baseada em tempo de cura do paciente, mas como algo voltado a suposta proteção da sociedade.

Posto isso, para Messuti (2003) o tempo de pena se basearia no tempo em que a sociedade planeja se afastar do criminoso. Nessa esfera, a pena de morte seria o real desejo da sociedade, entretanto, como não há essa possibilidade no ordenamento jurídico, a prisão perpetua que em tese também seria vedada, culmina por ocupar esse lugar de afastamento do sujeito, isto é,

suscita a morte em vida do louco criminoso a roubar do paciente a sua autonomia e liberdade.

Com a ficção jurídica da absolvição imprópria, quem determina a cessação da periculosidade é o psiquiatra e o juiz. Um perito dificilmente arriscaria efetivar um laudo médico de cessação de periculosidade em vista de um futuro que não há como prever, incerto (Baumont, 2020). A exemplo, conforme o Censo de (Diniz, 2013) somente 7% dos loucos criminosos obtinham laudo de cessação de periculosidade, enquanto, 94% não obtinham tal documentação.

Nesse interím, Karam (2003) observa que o tratamento de qualquer transtorno mental não obtém compatibilidade com a prisão ou o isolamento. Dessa maneira, o controle repressivo do sistema penal termina por transpassar o fim terapêutico do hospital psiquiátrico e sacrifica até mesmo valores éticos de uma sociedade democrática.

Para além disso, observa-se uma complexa relação na figura do psicólogo criminoso, pois ele se insere na problemática tanto quanto representante do acometido de doença mental quanto do sistema criminal. Desse modo, o terapeuta tem acesso aos momentos de fraqueza do paciente examinado e pode repassar tais informações para o juiz quebrando o sigilo ético. Os fatos mencionados geram desconfiança do paciente no tratamento e findam por não realizar um tratamento integral pela insegurança do doente no perito e promove a perpetuação da medida de segurança no sistema penal. Além disso, observa-se que em dissonância com as prisões comuns o detento “normal” obtém a possibilidade de progressão de regime cumprindo sua pena a partir de dado momento no modelo semiaberto, e depois no modelo aberto, isto é, não percorre integralmente a sua pena em isolamento (Baumont, 2020).

Dessa forma, em que pese a prisão perpétua não ser o fim declarado da medida de segurança, ela é na verdade o que o legislador buscou assegurar ao impor o conceito de periculosidade. Nesta senda, para ratificar essa tese perquirir-se que um dos fundamentos basilares do direito brasileiro e da Constituição Federal é o princípio da segurança jurídica, onde busca-se efetivamente no ordenamento jurídico previsibilidade e segurança nas relações. Posto isto, indaga-se o motivo de promover-se na medida de segurança um sistema de punição imprevisível. Desse questionamento,

conclui-se que o legislador procurava criar um estado de exceção, em outros termos, o legislador procurou tornar legal aquilo que não há como ser legalizado: as prisões perpétuas.

Uma das consequências da medida de segurança e sua ilimitação temporal é estagnação do tempo, pois dentro do manicômio a vida não continua e as aflições dos internos são, não raras, as mesmas do dia em que chegaram no hospital. Isso ocorre pois, no isolamento não há possibilidade de evolução e reparação do dano cometido, dessa forma, o paciente se mantém preso ao passado. É necessária uma reconciliação com a sociedade para que ela aceite a reparação do dano realizado pelo louco criminoso e para que o indivíduo retorne para o seio social de maneira a desparalisar o tempo que havia se estagnado no manicômio.

No entendimento de Ost (2005), o perdão promoveria a mobilização do tempo, mas o perdão não como uma tentativa de direito ao esquecimento, e sim um resgate da memória do ocorrido a fim de que não mais se repita. Dessa forma, encerrar-se-ia o sentimento de vingança da sociedade e permitiria um novo futuro ao paciente.

Em apertada síntese, urge que a sociedade conscientize a respeito da luta antimanicomial, a fim de que não haja estigmatização do louco, da mesma forma, é preciso fomentar o conhecimento crítico do sistema penal para que os criminosos não perpassem por tentativas de etiquetamento no seio social. Destarte, com a combinação desses dois fatores os loucos criminosos conseguiram um ambiente mais propício ao acolhimento do paciente e ao retorno a sociedade.

1.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quanto ao limite de duração das medidas de segurança

A omissão normativa da lei pode ser suprida pela jurisprudência por meio do preenchimento das lacunas materiais. A interpretação judicial não se constitui de forma ingênua, alheia as problemáticas existentes no seio social, mas tem um papel de defesa ou de ceifamento de direitos importantes aos indivíduos (Aragão, 2020).

Dessa forma, verifica-se que existe uma lacuna material quando por mais que um tema tenha sido tratado na lei observa-se a sua precariedade de informações. Posto isso, a jurisprudência é um mecanismo de controle contra as omissões legislativas.

Sendo assim, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é um meio a ser considerado quando se trata da omissão do Código Penal em retratar um limite máximo das medidas de segurança.

É perceptível a dificuldade no que se trata da limitação temporal da medida de segurança; para isso é preciso observar quais são as resoluções dadas pelos Tribunais Superiores para solucionar a problemática. O artigo 75 do Código Penal informa que o cumprimento de pena não deve passar de no máximo 40 anos. Sendo assim, é papel do legislador e dos operadores do direito que esse prazo máximo seja cumprido e esteja em consonância com a Constituição Federal no que diz respeito a igualdade, proporcionalidade, vedação de penas perpetuas e entre outros.

Os Tribunais Superiores vêm decidindo de forma diversa em relação as medidas de segurança e com maior rigor se comparado aos criminosos imputáveis.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que nenhum internado poderia ultrapassar o limite máximo de tempo que um preso pode ficar nas penas privativas de liberdade, 40 anos (na época 30 anos, alteração do pacote anticrime). Ocorre que, esse entendimento é extremamente injusto, pois, possibilita mais tempo do internado em sanção do que aquele que cumpriu pena comum (Pietrobeli, Oliveira 2021)

Em teoria a medida de segurança seria o instrumento sob o qual o institucionalizado receberia tratamento terapêutico até a melhora de seu quadro. No entanto, sob o entendimento de Losekann e Neto (2017), indaga-se que espécie de tratamento é aderido no manicômio judiciário ao ponto de necessitem de 30 anos para tratamento efetivo. Não há em que se justifique tantos anos de medidas terapêuticas penais que não seja a exclusão dos internos.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça em 2015, através da Súmula 527 firmou entendimento no sentido de que o tempo da sanção não poderá ultrapassar do limite máximo da pena em abstrato. Esse entendimento

é o mais razoável uma vez que não limita somente ao limite máximo de duração da pena prevista na Constituição Federal, mas também observa minimamente o critério de proporcionalidade do crime cometido (Martinelli; De Vargas Rosa, 2021).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é o conferido pelo Código Penal (LGL/1940/2) Espanhol a qual informa que não se pode delimitar penas maiores do que a pena que deveria ser aplicada abstratamente, dessa forma, não se pode ultrapassar o limite da pena máxima nem exceder os limites do que seria realmente necessário para evitar a periculosidade do autor.

Ainda assim, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado ideal em comparação com o tratamento referenciado ao imputável, isto pois, dificilmente um preso recebe sanção máxima ao cometer um ilícito. Além disso, no sistema prisional existe o instituto de progressão de regime o que não é conferido ao doente mental. Dessa forma, o limite máximo para medida de segurança deveria ser determinado observando os critérios de culpabilidade e dosimetria da pena. (Martinelli; De Vargas Rosado, 2021).

As garantias inerentes aos imputáveis devem ser estendidas aos inimputáveis, causas de exclusão do crime, excludente de ilicitude, tipicidade, análise de culpabilidade, somente retirando a culpabilidade. De acordo com a Lei 10.216 o acometido de doença mental possui níveis de compreensão e culpa pelos seus atos e por seu tratamento o que pode ser observado na dosimetria da pena.

Sendo assim, nem mesmo a falta de cura da doença do institucionalizado é motivo razoável para mantê-lo eternamente em um manicômio judiciário, isto pois, o direito penal não o pode culpá-lo por sua condição, dessa forma, é necessário que o agente seja transferido a rede de saúde pública para os Centros de Apoio Psicossocial, de preferência pois o tratamento manicomial não é o mais recomendado.

De acordo com a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2019) cerca de 70% das penas são fixadas no mínimo legal. Dessa maneira, não parece razoável que aplicação de pena seja mais endurecida a quem não tinha no momento da ação ou omissão o juízo de reprovação da conduta praticada.

O Poder Executivo também constitui histórico quanto a problemática por meio de decretos e regulamentos que garantiram indultos aos que cumpriam medida de segurança em algumas hipóteses:

[...] independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada. (Brasil, 2014a)

Dessa forma, observa-se que os manicômios judiciários existem em paradoxo com a Constituição Federal. Por certo, à medida que o tempo passa, mais difícil torna-se o retorno ao convívio do institucionalizado. Por mais rigoroso que seja a intervenção penal ao criminoso ela possui início, meio e fim. Sendo assim, cessando o período de dosimetria da medida de segurança deveria ser colocado o indivíduo em liberdade, isto pois, seguindo a mesma lógica do preso comum, por mais perigoso que aparenta ser, ao término de sua sanção o indivíduo é liberado pois nada mais deve ao sistema penal ou mesmo a sociedade.

As resoluções impostas pelo STF e STJ configuram-se lesões a princípios caros do ordenamento jurídico como a igualdade e a proporcionalidade. Dessa forma, uma saída para a problemática seria a adoção dos critérios e princípios da dosimetria da pena.

De acordo com Zaffaroni e Pierangelli (2018), na falta de lacunas deixadas pelo legislador urge que o Poder Judiciário se atente aos menos favorecidos das camadas da sociedade. Desse modo, é preciso que a jurisprudência brasileira retorne o olhar para a problemática da medida de segurança enquanto o legislador não soluciona a questão. Em que pese, ainda inadequados os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal seus entendimentos caminham na perspectiva de que o prazo indeterminado contido no Código Penal não guarda eficaz correspondência com as garantias constitucionais previstas.

Para isso, é preciso que os Tribunais Superiores formulem jurisprudência mais robusta e voltada aos mais necessitados. A jurisprudência sobre as medidas de segurança atualmente encontra-se pouco solidificada no Brasil o que causa algumas incertezas quanto ao seu uso. Tal

incerteza, é motivo de grande insegurança jurídica quanto ao uso correto da jurisprudência a ser adotada.

Dessa maneira, é necessário que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal retomem suas perspectivas as classes minoritárias e excluídas das sociedades tais como o louco criminoso. Dessa forma, é preciso que os Tribunais Superiores atribuam um olhar mais empático a essa camada da sociedade que tanto sofre com o peso da marginalização e da estigmatização.

1.4 Caso Damião Ximenes Lopes e Política de Saúde Mental

O caso de Damião Ximenes Lopes, é salutar para o entendimento da atual política antimanicomial brasileira e a decorrência dela na continuidade dos manicômios judiciais.

No pós Segunda Guerra Mundial, surgiu no mundo uma corrente que busca a internacionalização dos direitos, isso pode ser observado com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Brasil, com o processo de democratização e com a Constituição de 1988 promoveu-se a solidificação dos princípios da dignidade humana. Dessa forma, surgem deveres e obrigações internacionais, isto é, é preciso estudar a responsabilidade internacional do estado. (Rosato, Correia, 2011)

A responsabilidade internacional possui caráter dúplice: reafirma a proteção dos indivíduos e previne a ocorrência dessas condutas. Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui vasta incidência na América Latina trazendo à tona a problemática da efetivação das decisões e recomendações.

Com a Corte Internacional, há uma maior visibilidade negativa para o Estado infrator que culmina em um maior constrangimento ao violar os direitos humanos. Nesta senda, existe um duplo viés nos mecanismos de responsabilização: no âmbito internacional garante a proteção da tutela internacional e no âmbito nacional busca-se a que os instrumentos internacionais perpassem o direito interno.

O principal objeto de proteção do direito internacional é o indivíduo. Para André Carvalho Ramos (2004), a responsabilidade em âmbito

internacional é objetiva, isto é, não depende de dolo ou culpa para a responsabilidade do estado. É salutar observar, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos constituiu sólida jurisprudência a respeito da responsabilidade pelos direitos violados que estão garantido pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Com advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil perpassou a se inserir nos tratados internacionais de Direitos Humanos, dessa forma, observa-se que se trata de uma jornada recente. Sob a luz do entendimento de Flávia Piovesan (2006) é sempre da União a responsabilidade pelas violações de direitos humanos, isto é, a União não pode se eximir alegando o pacto federativo. Dessa forma, é preciso que se observe tanto a adequação da legislação a normas de direito internacionais quanto as políticas públicas do estado para garantir efetividade das normas internacionais.

No enfrentamento das violações de direitos humanos a publicidade é grande aliada na problemática, visto que causa o fator constrangimento nos países transgressores. Nessa seara, é o que se observa no caso de Damião Ximenes Lopes que se trata não, de medida de segurança, mas de um manicômio comum, entretanto por meio dele é possível observar o tratamento dedicado aos indivíduos institucionalizados em um hospital psiquiátrico e como a luta antimanicomial precisa avançar.

Damião Ximenes Lopes foi hospitalizado com três décadas de idade devido ao seu estado de abalo mental. Depois de quatro dias, sua progenitora em tentativa de adentrar na instituição, foi impedida pelos profissionais, mas ao final conseguiu entrar. Dessa forma, ao entrar em contato com seu filho observou sinais de tortura e maus-tratos. Pouco tempo depois, houve a notícia de morte de Damião Ximenes com relatório do exame que identificaram marcas de tortura.

Dessa maneira, os familiares de Damião ajuizaram processo criminal e civil indenizatória contra a clínica psiquiátrica e contra a união perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recebeu a petição e notificou por diversas vezes o Estado brasileiro a se pronunciar, após 3 tentativas considerou-se verdadeiros os fatos apresentados. Logo depois, concluiu-se que a petição apresentava os requisitos de

admissibilidade, em tentativa de solução pacífica o estado brasileiro não apresentou manifestação. Dessa forma, em 2003 o Brasil foi condenado por:

Pela violação ao direito à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e às garantias judiciais consagradas nos artigos 5, 4, 25 e 8 respectivamente, da Convenção Americana, devido à hospitalização de Damião Ximenes Lopes em condições inumanas e degradantes, às violações de sua integridade pessoal, a seu assassinato; e às violações da obrigação de investigar, o direito a um recurso efetivo e às garantias judiciais relacionadas com a investigação dos fatos. A Comissão concluiu igualmente que em relação à violação de tais artigos o Estado violou igualmente seu dever genérico de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção Americana a que se refere o artigo 1(1) de dito tratado. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004, p. 587).

Dessa forma, o estado brasileiro foi impelido a realizar uma investigação profunda sobre o caso e reparar os familiares da vítima, por meio de indenização. O estado brasileiro solicitou prorrogação várias vezes quanto ao caso. Em 2004, a CIDH designou lide para que a Corte fosse condenada quanto as condições desumanas da clínica psiquiátrica de Damião.

Em novembro de 2005, o Brasil reconheceu parcial responsabilidade pelo ocorrido, especialmente, no que se refere aos artigos 4 e 5 (direito a vida e a integridade). Em 2006, houve a primeira culpabilização do Brasil em um caso de mérito. No entendimento de André Carvalho Ramos (2006), quando se trata de pessoas com deficiência o estado não deve atuar somente para impedir violações, mas, positivamente por meio de políticas públicas de proteção. Ao contrário, na lide de Damião Ximenes Lopes observou-se do estado lentidão para lidar com o caso.

Fora definido indenização moral e material a família além de programa de promoção de capacitação de médicos, psiquiatras entre outros auxiliares de doentes mentais. Ademais, os seis responsáveis pela morte de Damião foram culpabilizados a uma pena de seis anos de reclusão no sistema semiaberto.

Dessa forma, trata-se do primeiro caso de condenação do Brasil perante a Corte. O caso é importante pois retrata na sentença o viés discriminatório endereçado as pessoas acometidas de transtornos mentais em manicômios. Dessa forma, as Cortes Internacionais são um excelente mecanismo na luta antimanicomial.

A repercussão do caso gerou pressão para implementação de mudanças no âmbito na política pública de saúde mental. A recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso de Damião Ximenes contribuiu para que no ano de 2001 o Brasil criasse uma Política Nacional de Saúde Mental a Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Nessa seara, a Lei Antimanicomial institui a superação dos tratamentos asilares pelos ambulatoriais.

Na Lei houve uma grande atenção para os (CAPS) Centros de Atenção Psicossocial que obtinha a intenção de assistir aos doentes mentais integrando a sociedade. Além deles foram criados: redes ambulatoriais e clínicas ampliadas, os hospitais-dia, as residências terapêuticas (SRTs), o Programa de Volta para Casa, os Centros de Convivência. Dessa forma, é possível pensar modos de superação dos manicômios, sobretudo, os judiciários.

Dessa maneira, garantir ao usuário a universalidade do direito à assistência é uma previsão da Constituição Federal e que deve ser observada a partir de critérios de equidade junto a população. Dessa forma, é preciso observar o que fazer com os presos nas medidas de segurança para repensar por exemplo readaptação a outras estruturas efetivamente terapêuticas. (Rosato, Correia, 2011)

Em que pese os avanços na política de saúde mental, a Corte Interamericana de Direitos Humanos comprehende que ainda não houve uma criteriosa capacitação dos profissionais de saúde para o atendimento dos indivíduos com transtorno mental.

Por todo o exposto, o Caso Damião Ximenes ao modificar profundamente a política de saúde mental nacional, altera também a medida de segurança. Isto pois, em tese a medida de segurança é o ambiente de tratamento do acometido por doença mental que cometeu um crime. Dessa forma, o viés mais assistencial e ambulatorial dedicado aos pacientes comuns também deve ser designado aos em medida de segurança por um critério de igualdade.

A Lei Antimanicomial desafia o Código Penal que afirma que determina o tratamento ambulatorial como exceção, somente nas penas de detenção, ou seja, as penas de reclusão aplicaria-se as medidas asilares que são

veementemente proibidas pela nova Lei. Dessa forma, por um critério de especialidade e cronológico deve-se aplicar a Lei Antimanicomial que determina o tratamento ambulatorial em regra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, observa-se que a ilimitação do tempo da pena de medida de segurança não se coaduna com os princípios de igualdade, intranscendência das penas e vedação de penas perpétuas. Além disso, verifica-se que o Código Penal se encontra desatualizado no que diz respeito a prioridade do tratamento ambulatorial ao invés da internação. Dessa forma, conclui-se que é preciso um esclarecimento jurisprudencial e legal quanto a problemática observando que o isolamento não é prática de saúde mental ou de ressocialização.

Sendo assim, observa-se que a teoria periculosidade cai por terra quando se analisados os dados científicos. Desse modo, o conceito de periculosidade está associado a ideias estigmatizantes e preconceituosas quanto o louco criminoso. O psicólogo não prevê o futuro, logo não pode ser designado ao papel de futurologia.

Dessa forma, a sanção ilimitada torna-se cruel, pois, não há perspectiva clara de saída. Sendo assim, ainda mais sensível que a questão do preso comum, pois ele ao menos sabe seu momento de saída, o louco criminoso não pode guardar essa esperança e nem mesmo a possibilidade de progressão de regime.

Nessa toada, urge que a medida de segurança ganhe os tons da luta antimanicomial. Para que o tratamento ambulatorial, se torne prioridade e para que a limitação da pena exista. Desse modo, observando que isolamento não é prática de saúde mental ou de ressocialização.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

BAUMONT, C. de. Cronos e o aprisionamento eterno do louco criminoso: o tempo nas medidas de segurança de internação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 28, n. 170, p. 107-141, ago. 2020.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal 1**: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 abr. 2001.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

CAETANO, H.; TEDESCO, S. Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciais. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 191-202, 2021.

DE ARAGÃO, R. O método da regulação normativa deficiente como justificativa na jurisprudência do STF para a superação do critério legal. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 8, p. 54221-54233, 2020.

GIACOIA, G.; ALMEIDA, L. G. O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 151, p. 43-73, jan. 2019.

GONÇALVES, H. S.; BRANDÃO, E. P. (ed.). **Psicologia jurídica no Brasil**. São Paulo: Nau, 2018.

JUNCAL, R. G. A. Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 142, p. 47-77, 2018.

LOMBROSO, C. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MARTINELLI, L. P.; DE VARGAS ROSADO, O. Prazo de duração das medidas de segurança frente ao posicionamento do STF e STJ. **Revista Jurídica**

Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea, Rio Grande do Sul, v. 5, n. 5, p. 144-160, 2021.

OZAKI, Y. P.; DA SILVA, R. A. Manicômios judiciários-a inconstitucionalidade dos prazos da medida de segurança aplicadas aos inimputáveis. **Revista Artigos.com**, v. 11, p. e2166-e2166, 2019.

PRADO, A. M.; SCHINDLER, D. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, p. 628-652, 2017.

ROSATO, C. M.; CORREIA, L. C. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR-Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 115-134, 2011.

WOLF, M. de P. **Antologia de vidas e histórias na prisão**. 2003. Tese (Doutorado em Direito Fundamentais e Liberdades Públicas) - Universidade de Zaragoza, Zaragoza, 2003.