

Organizador: **Juvêncio Vasconcelos Viana**

DIREITO PROCESSUAL MODERNO

- Carla Dandara Pinheiro Alexandrino
- Carlos Eduardo Ferreira Aguiar
- Daniele Sousa Bessa
- Éric da Rocha de Menezes
- Fernando Antônio Holanda Pereira Júnior
- Jônatas Alexandre Rocha Júnior
- José Victor Ibiapina Cunha Moraes
- Juvêncio Vasconcelos Viana
- Leonardo Pordeus Barroso
- Luana Lucena da Silva
- Marcia Araujo Gois Albuquerque
- Paulo Roberto Magalhães Feitosa
- Pedro Henrique Soares Matias
- Rafael Henrique Dias Sales
- Rayza de Arruda Rodrigues
- Thaís Coelho Leal
- Thales Carneiro Medeiros
- Thiago Fragoso Queiroz
- Weisley Smith Vieira da Silva

Organização
Juvêncio Vasconcelos Viana

Direito Processual Moderno

Autores

Carla Dandara Pinheiro Alexandrino
Carlos Eduardo Ferreira Aguiar
Daniele Sousa Bessa
Éric da Rocha de Menezes
Fernando Antônio Holanda Pereira Júnior
Jônatas Alexandre Rocha Júnior
José Victor Ibiapina Cunha Morais
Juvêncio Vasconcelos Viana
Leonardo Pordeus Barroso
Luana Lucena da Silva
Marcia Araujo Gois Albuquerque
Paulo Roberto Magalhães Feitosa
Pedro Henrique Soares Matias
Rafael Henrique Dias Sales
Rayza de Arruda Rodrigues
Thaís Coelho Leal
Thales Carneiro Medeiros
Thiago Fragoso Queiroz
Weisley Smith Vieira da Silva



**Fortaleza - Ceará
2025**

DIREITO PROCESSUAL MODERNO

© 2025 By Juvêncio Vasconcelos Viana
Impresso no Brasil / Printed in Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Conselho Editorial

Juvêncio Vasconcelos Viana
Emanuela Paula Martins

Diagramação Eletrônica

Antonio Franciel muniz Feitosa

Revisão Científica e de Referências

Emanuela Paula Martins

Revisão de Português

José Heráclito Paulino da Silva Júnior

Editora:

ESA-CE

V614l Viana, Juvêncio Vasconcelos.
Livro de Direito Processual Moderno / Juvêncio Vasconcelos Viana,
Emanuela Paula Martins. -- Fortaleza: ESA-CE, 2025.
411p.

ISBN: 978-65-01-41704-2

1. Direito Constitucional. 2. Direito Processual. 3. Inteligência Artificial. I. Martins, Emanuela Paula. II. Título.

CDU 34

Catálogo na Fonte: bibliotecária Thailana Lima Tavares CRB-3/1537.



Esta obra está sob a licença Creative Commons Atribuição CC BY 4.0, sendo permitida a reprodução parcial ou total, desde que mencionada a fonte.

Sumário

Quando elas Decidem: a Relevância da Atuação das MiniGras do STF em Ações ConGituacionais Carla Dandara Pinheiro Alexandrino	7
Limites da Intervenção Judicial em Políticas Públicas Carlos Eduardo Ferreira Aguiar	33
A Influência da Mutação ConGituacional nas Relações Contratuais do Direito Civil Brasileiro: uma Análise Sob a Perspectiva da Boa-Fé Objetiva Daniele Sousa Bessa	61
Inteligência Artificial e Devido Processo Legal Tecnológico Éric da Rocha de Menezes.....	81
A InveGitação Defensiva como Garantia Fundamental e o Direito à Formação da Prova Fernando Antônio Holanda Pereira Júnior.....	98
O <i>Standard</i> de Prova para a Condenação em Crimes Vagos Jônatas Alexandre Rocha Júnior.....	126
A Ponderação entre Direitos Individuais e Coletivos à Luz do Garantismo Penal Integral na Jurisprudência: uma Incoerência Dogmática com o Garantismo de Ferrajoli e os Reflexos da Presunção de Inocência José Victor Ibiapina Cunha Morais.....	145
Algumas Inovações no Cumprimento de Sentença Juvêncio Vasconcelos Viana.....	167
O Processo do Inquérito Policial de Expulsão Leonardo Pordeus Barroso.....	181

Revitimização e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 1.107	
Luana Lucena da Silva	200
A Lei de Igualdade Salarial no Processo Constitucional: um Efeito da Judicialização da Norma em Controle Concentrado e Difuso	
Marcia Araujo Gois Albuquerque.....	215
Deficit de Representatividade das Pessoas com Deficiência: o Papel do Processo Constitucional na Criação de Ações Afirmativas	
Paulo Roberto Magalhães Feitosa.....	239
O Controle de Convencionalidade e os Reflexos no Direito Processual Brasileiro	
Pedro Henrique Soares Matias.....	271
Reclamação Constitucional em Matéria de Pejotização Trabalhista	
Rafael Henrique Dias Sales	295
A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho	
Rayza de Arruda Rodrigues	311
A (Im)Possibilidade de Aplicação das Medidas Executivas Atípicas nas Execuções Fiscais	
Thaís Coelho Leal.....	325
<i>JuJice Gap</i>: uma Análise do Acesso à Justiça Sob a Ótica Constitucional	
Thales Carneiro Medeiros.....	345
A Personalidade Jurídica <i>Sui Generis</i> das Organizações Sociais e a ADI n.º 1.923/DF	
Thiago Fragoso Queiroz	368
Inteligência Artificial e Justiça Tempestiva: o Equilíbrio entre Celeridade e Devido Processo Legal	
Weisley Smith Vieira da Silva.....	394

Apresentação

Trazemos à comunidade jurídica a presente obra acerca de temas contemporâneos do direito processual.

A atual coletânea foi construída pouco a pouco, decorrente de aulas, debates e seminários realizados na Pós graduação da nossa querida Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Como de costume, buscamos a salutar parceria com outras instituições de ensino superior.

A presente coletânea resulta exatamente de parceria de nosso Programa de Pós graduação da Faculdade de Direito UFC com a Escola Superior de Advocacia de nossa OAB-CE.

A presente coletânea traz temas de direito processual civil, penal e administrativo.

Nessa ordem de ideias, foram tratados temas relacionados com o moderno processo estrutural, devido processo legal tecnológico, inteligência artificial e Justiça tempestiva, boa fé objetiva, provas em matéria penal e procedimento de expulsão do estrangeiro, dentre outros.

Pois bem, buscamos tratar de todos esses pontos na presente obra sempre atentos aos princípios maiores tutelares do justo e adequado processo, um processo que se espera para o estado democrático de direito.

Agradeço a dedicação e participação de todos os autores colaboradores. A todos, boa leitura.

Juvêncio Vasconcelos Viana

Quando Elas Decidem: a Relevância da Atuação das MiniGras do STF em Ações ConGituacionais

Carla Dandara Pinheiro Alexandrino¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Importância das Ações Constitucionais na Consecução dos Direitos Fundamentais. 3. Ações Constitucionais garantidoras de direitos fundamentais femininos – análise de casos. 3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 – Interpretação Constitucional e Descriminalização da Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo. 3.2 Recurso Extraordinário n.º 778.889/PE – Equiparação do Prazo de Licença Adotante ao Prazo da licença Gestante. 3.3 Habeas Corpus (HC) n.º 143.641/SP – prisão cautelar de gestantes e genitoras e a ampliação de direitos previstos na execução penal. 3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442 – criminalização do aborto e ponderação entre os direitos fundamentais das mulheres e do nascituro. 3.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1.107 – valoração da vida progressa da vítima de crimes sexuais ou no contexto da Lei Maria da Penha. 4. O Papel da Julgadora: posicionamento das Ministras na promoção dos Direitos Fundamentais Femininos. 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com os dados do Censo de 2022, as mulheres representam 51,5% da população brasileira (IBGE, 2024)². Contudo, sempre estiveram sub-representadas no Supremo Tribunal Federal (STF). Desde a criação da Corte, apenas três mulheres ocuparam o cargo de ministra: Cármen Lúcia, que permanece em exercício; Rosa Weber, que aposentou-se em 2024; e Ellen Gracie, a primeira mulher a compor o tribunal em 2006, após 109 anos de sua fundação.

¹ Analista Judiciária – Área Judiciária Assessora de Desembargador – TJCE Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3151543778981040> ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-5068-6484>. E-mail: carla_dandara@hotmail.com

² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Número de homens e mulheres**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/nosso-povo/19625-numero-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 14 dez. 2024.

Diante dessa discrepância de representação, o presente estudo tem como objetivo analisar o papel desempenhado pelas ministras no STF, investigando como suas atuações contribuem para a promoção dos direitos fundamentais, em especial no que concerne aos direitos fundamentais femininos.

Destaque-se que não é escopo deste trabalho realizar uma análise psicológica da atuação das julgadoras. O foco é examinar se a concretização dos direitos femininos apresenta particularidades nas decisões proferidas por mulheres, em comparação às decisões de ministros do gênero masculino. Pretende-se identificar se a presença feminina no STF contribui para uma maior efetivação dos direitos femininos, independentemente de haver ou não uma posição feminista nas decisões judiciais. Inicialmente, fez-se necessário entender a notoriedade das ações constitucionais na promoção de direitos fundamentais. Para tanto, adotou-se um levantamento bibliográfico de doutrina de relevância acerca do tema.

Com relação à análise da posição de ministros e ministras, empregou-se o método descritivo de votos referentes à processos de relevância no cenário dos direitos em questão. Empós, aplicou-se um método comparativo e analítico das decisões selecionadas com o objetivo de identificar semelhanças, diferenças e padrões; e o método hermenêutico, com a finalidade de compreender e interpretar o sentido das decisões judiciais, no contexto jurídico e social em que foram produzidas.

As decisões estudadas no corpo do artigo foram selecionadas por serem elaboradas por nossa Corte Constitucional, com participação de julgadoras e por possuírem natureza simbólicas na concretização de direito femininos. A comparação entre os votos de ministros e ministras foi realizada por meio do estudo dos fundamentos aplicados em umas e outras, da observância da linguagem aplicada e da verificação do que cada juiz entendeu relevante no caso.

Por fim, interpretou-se os dados apurados de modo a identificar como o gênero interfere no posicionamento, elaboração e conclusão encontrada no julgamento de ações constitucionais voltadas para a promoção dos direitos fundamentais das mulheres.

2 A IMPORTÂNCIA DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No direito brasileiro, as ações constitucionais são consideradas instrumentos normativos destinados a garantir a aplicação justa da lei. Esses mecanismos funcionam como remédios legais disponíveis aos operadores do direito, com o objetivo de promover uma prática eficiente da justiça, assegurando o equilíbrio entre deveres e direitos (Mendes; Branco, 2023)³. Logo, as ações constitucionais podem ser entendidas como instrumentos criados pelo constituinte com a finalidade de permitir que o cidadão possua meios para assegurar a concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

Ao criar uma obrigação, o detentor do usufruto desta deve possuir os meios para exigi-la, e quando quem pode exigir o cumprimento for o particular diante do Estado, vemos um direito subjetivo público (Barroso, 1998)⁴, caso dos previstos na CRFB/88. Nesse sentido, os direitos fundamentais, somente alcançam sua finalidade quando as normas que os expressam possuem efetividade. A Constituição, ao tratar do tema, determinou a aplicação imediata das normas que definem esses direitos e garantias, abrangendo não apenas os direitos políticos, mas também os direitos individuais, coletivos, sociais e de nacionalidade. Contudo, essa previsão, isoladamente, não seria suficiente sem os mecanismos destinados a manter sua eficácia, como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, que possuem natureza semelhante (Silva, 2005)⁵. Por conseguinte, segundo Ingo Sarlet Wolfgang (2022)⁶, as ações constitucionais fazem parte dos elementos internos previstos no texto constitucional que garantem sua preservação e

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 149-164, jul./set. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v213.1998.47206>. Acesso em: 04 jan. 2025.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

afirmação, consubstanciando sua força normativa e assegurando a efetividade de suas normas.

Em nosso ordenamento, esses mecanismos originalmente se limitavam ao habeas corpus (previsto em 1891), ao mandado de segurança e à ação popular (ambos introduzidos pela Constituição de 1934). A Constituição de 1988 trouxe inovações significativas nesse âmbito, ampliando o rol de ações constitucionais ao incluir o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data, além de constitucionalizar a ação civil pública (Barroso, 1998). As ações de controle de constitucionalidade também devem ser incluídas nesse rol, pois desempenham um papel fundamental na efetivação de tais direitos, assegurando a concretização do sentido desejado pelo constituinte.

Desse modo, o uso sistemático das ações ou remédios constitucionais é essencial para a preservação do Estado de Direito e a defesa da cidadania, pois têm como objetivo promover um ambiente normativo igualitário e justo, combatendo abusos contrários ao interesse público. Essa importância é destacada pela Constituição Federal de 1988, que os prevê e estabelece as premissas para sua orientação (Cavalcanti, 2020)⁷.

Citando Criele, Branco e Mendes afirmam que só é possível a existência do poder do Estado ante à limitação por parte dos direitos humanos, motivo pelo qual a necessidade de instituição de um Estado Constitucional e a expressa previsão na Carta maior acerca de tais direitos e das ações que os sustentam (Mendes; Branco, 2023). Assim, essas ações são instrumentos essenciais para possibilitar que os cidadãos brasileiros exerçam seus direitos e deveres com eficácia, sendo sua efetividade reflexo da importância da participação social para preservar a democracia, que depende do envolvimento ativo dos cidadãos para evitar sua deturpação (Cavalcanti, 2020).

Cada ação constitucional desempenha um papel crucial na manutenção do Estado de Direito, qualificando a prática da cidadania e assegurando

⁷ CAVALCANTI, Emerson Barrack. Aplicabilidade e eficácia das ações constitucionais **Revista Jurídica do Nordeste Mineiro**, v. 1, 2020. Disponível em: https://revistas.unipacto.com.br/storage/publicacoes/2020/390_aplicabilidade_e_eficaci_a_das_acoes_constitucionais.pdf. Acesso em: 6 jan. 2025.

a aplicação justa das leis. Esses mecanismos são fundamentais não apenas para proteger direitos individuais, mas também para garantir a defesa dos direitos coletivos, especialmente quando os agentes estatais se concentram em coibir abusos e solucionar conflitos. Dessa forma, as ações constitucionais se tornam pilares indispensáveis para a estabilidade e o fortalecimento da democracia no Brasil (Cavalcanti, 2020).

Em suma, as ações constitucionais não apenas protegem os direitos e garantias fundamentais, mas também atuam como um escudo contra arbitrariedades e abusos do poder estatal, garantindo que o Estado se mantenha dentro dos limites fixados pela Constituição. Sua existência assegura que os direitos previstos no texto constitucional não permaneçam apenas no plano teórico, mas sejam efetivamente implementados na prática, promovendo a justiça e a igualdade. Esses instrumentos permitem a concretização dos ideais democráticos ao assegurar que todos os cidadãos tenham acesso a um sistema jurídico que protege seus direitos e oferece mecanismos para reparação em caso de violações.

Assim, ao consolidar a força normativa da Constituição e ampliar o acesso à justiça, as ações constitucionais desempenham um papel indispensável na manutenção de um Estado Constitucional que respeita e valoriza a dignidade humana. Esses remédios constitucionais transcendem sua função jurídica, tornando-se instrumentos de transformação social e mecanismos essenciais para a realização de uma cidadania plena e ativa.

3 AÇÕES CONSTITUCIONAIS GARANTIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FEMININOS – ANÁLISE DE CASOS

3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 – Interpretação ConGitual e Descriminalização da Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo

Interposta em 17.06.2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, a ADPF 54 tinha como o objetivo questionar a negativa de realização de interrupção de gravidez de feto

anencéfalo, uma vez que tal conduta violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, constante do artigo 1º, inciso IV, os princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, nos termos do artigo 5º, inciso II e o direito à saúde, contido no art. 196, todos da CRFB/88, além de configurar tratamento análogo à tortura (Brasil, 2012)⁸.

Logo, postulou o requerente a adoção de interpretação conforme à constituição para que fosse adotado o entendimento de que somente o feto com viabilidade de ser tido como pessoa poderia ser vítima do crime de aborto, constante dos artigos 124 a 128, do Código Penal.

Distribuído o feito, este passou para a relatoria do Ministro Marco Aurélio, o qual admitiu a intervenção de terceiros, na modalidade de *amicus curiae*, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, ante à relevância e repercussão social da causa, ocasião na qual foram ouvidos entidades religiosas e intelectuais na área, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, as Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal e o Conselho Federal de Medicina.

Em 12 de abril de 2012 (Brasil), o relator exarou seu voto, objeto de análise do presente tópico, indicando a importância da causa, em razão do debate argumentativo que gera na sociedade e da quantidade de ações judiciais com temas semelhantes. Destacou-se que o tema envolve um confronto aparente entre os direitos fundamentais. De um lado, a dignidade da mulher, sua liberdade, autodeterminação, saúde e direitos sexuais e reprodutivos, em contraposição aos interesses sociais de proteção à vida em todas as suas formas.

Para fundamentar sua decisão, o julgador utilizou dos argumentos da laicidade do Estado, da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgada em 12 abr. 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 02 dez. 2024.

Acerca do Estado laico, asseverou-se que a instituição da República no país separou Igreja e Governo, tendo a laicidade constado como princípio constitucional da Constituição da República de 1891, o que fora mantido pela CRFB/88, garantido a neutralidade religiosa das instituições do país. Portanto, estabeleceu-se como premissa do julgado o afastamento de orientações morais religiosas (Brasil, 2012).

Segundo, o relator passou a discorrer sobre a anencefalia, apresentando argumentos técnicos, colhidos na instrução processual, que indicam a inviabilidade da vida extrauterina do feto acometido com tal debilidade. Concluiu-se que este apresenta deficiência neurológica severa, caracterizada pela ausência de funções dependentes do córtex e dos hemisférios cerebrais. Assim, não possui vida psíquica, sensibilidade, mobilidade, nem integração das funções corporais, além de carecer de capacidades superiores como consciência, cognição, afetividade e comunicação (Brasil, 2012).

Em continuidade a revisão dos dados médicos colhidos, seguiu-se com o exame da questão da alegada possibilidade de doação de órgãos do recém-nascido anencéfalo, o que ensejaria a manutenção da gravidez até o nascimento (Brasil, 2012). Adotou-se o entendimento que não é justificável a proteção dos fetos anencéfalos com base no citado fato.

Primeiro, porque obrigar a manutenção de uma gravidez para esse fim desrespeita a dignidade da mulher, tratando-a como um meio para uma finalidade, sendo ela coisificada e utilizada apenas como objeto de procriação. Segundo, porque a utilização prática dos órgãos de fetos anencéfalos é quase inviável.

As manifestações realizadas em sede de audiência pública apresentaram como argumento o direito à vida do anencéfalo. Ocorre que, o Ministro Marco Aurélio, com base nos dados colhidos processualmente, entendeu que anencefalia e vida são conceitos incompatíveis (Brasil, 2012). Aduziu o relator que o feto anencéfalo é considerado, por especialistas e pelo Conselho Federal de Medicina, como um natimorto cerebral sem potencialidade ou expectativa de vida. Logo, não se configura como titular do direito à vida,

o que impede que seja vítima do crime de aborto, caracterizando o conflito apenas aparente direitos fundamentais, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não há dignidade ou vida a ser protegida.

Ademais, quanto à esta alegação, ressaltou o julgador que o direito a vida não é absoluto, sendo previstas exceções a este, como a possibilidade de aplicação de pena de morte, em caso de guerra, ou de prática de aborto terapêutico ou humanitário.

Por fim, o relator passa a apresentar como fundamentos os direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade da mulher (Brasil, 2012).

Apresenta que os dados médicos juntados aos autos indicaram que a gravidez de feto anencéfalo é mais gravosa à saúde da gestante do que uma gravidez sadia, aumentando a morbidade e gerando consequências psicológicas severas. A genitora passaria a conviver com uma gestação fadada ao óbito, o que implicaria em sentimentos depressivos e mórbidos capazes de incutir sentimentos suicidas, devastando a psiquê feminina.

Com relação à liberdade, à autodeterminação do sexo feminino para decidir se mantém ou não a gestação de feto anencéfalo, constou que cabe exclusivamente à mulher, e não ao Estado, ponderar valores e sentimentos de ordem estritamente privada para decidir pela interrupção ou continuidade da gravidez desta natureza. Essa deliberação ocorre no âmbito do direito à privacidade, permitindo que a mulher reflita sobre suas próprias concepções e tome sua decisão sem temor de repreensão, como preconizado pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, em especial, no que concerne ao seu artigo 4º. O papel do Estado limita-se a informar e oferecer apoio médico e psicológico antes e depois da decisão, sem interferir no processo de escolha (Brasil, 2012).

Concluiu o julgador que a preservação da incolumidade física do feto anencéfalo, que tem sobrevida limitada a poucas horas ou dias após o parto, não pode ocorrer em detrimento dos direitos fundamentais da mulher (Brasil,

2012), o que o levou a julgar procedente a ação, considerando inconstitucional a interpretação que considera crime previsto nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do CP, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

3.2 Recurso Extraordinário nº 778.889/PE – Equiparação do Prazo de Licença Adotante ao Prazo da licença GeGante

O Recurso Extraordinário (REExt) 778.889/PE, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso teve como objeto a análise de possível violação à Constituição Federal, em razão de prazo diferenciado entre a licença maternidade e a licença adotante.

O processo chegou ao STF em sede recursal, em razão do ingresso de mandado de segurança, por parte de servidora pública federal, a qual adotara criança com pouco mais de um ano (Brasil, 2016)⁹. Ao requerer licença parental, a Administração Pública concedeu à impetrante apenas 45 (quarenta e cinco dias) de gozo, motivo pelo qual a requerente ajuizou o referido remédio constitucional, objetivando a fruição de prazo semelhante ao da licença maternidade, qual seja de 120 (cento e vinte dias), prorrogáveis por mais 60 (sessenta dias), pois, nos termos do art. 227, §6º, da CRFB/88, não poderia existir diferenciação entre filhos naturais e adotantes.

A relatoria indicou que o caso se relacionava à direito das crianças, das mulheres e da função da adoção (Brasil, 2016a). Para solucionar a questão, foram apresentados como fundamentos a importância da adoção como política pública, o histórico do sistema protetivo da criança no Brasil, o histórico das normas brasileiras do direito à licença adotante, jurisprudências de situações semelhantes. Além disso, o Ministro discorreu sobre a situação desfavorável da criança adotada, em relação aos filhos naturais, e, como último ponto, sobre a autonomia da mulher.

Por fim, o julgador concluiu pela necessidade de deferimento do pleito autora, estabelecendo a tese de repercussão geral nº 782, para vincular o

⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 778.889. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 10 mar. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1133834>. Acesso em: 14 dez. 2024.

entendimento de que *“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”* (Brasil, 2016a).

Ressalte-se que a conclusão alcançada pelo Ministro Barroso decorreu da verificação da existência de uma alteração social, a qual permitiu prever mais direitos para a criança adotada, dando-lhe igualdade de tratamentos e condições aos filhos biológicos, superando posicionamento anterior de nossa Suprema Corte e pacificando entendimentos diversos dos julgadores brasileiros.

O relator, seguido pela maioria dos Ministros, entendeu que a licença maternidade prevista no artigo 7º, inciso XVIII, da CRFB/88, aplica-se tanto às gestantes quanto às adotantes, com prazo mínimo assegurado de 120 dias. Essa interpretação baseou-se em uma leitura sistemática da Constituição, tomando por base os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da proteção integral, da prioridade absoluta e do interesse superior do menor (Brasil, 2016a).

No que concerne ao direito das crianças, a decisão indicou que os adotados são grupo vulnerável que exige maior empenho da família na adaptação, construção de laços afetivos e superação de traumas. Por esse motivo, não se poderia conceder-lhes proteção menor à garantida aos filhos biológicos (Brasil, 2016a), do contrário, ocorreria violação ao princípio da proporcionalidade.

Ademais, destacou-se que crianças com maior idade e que viveram períodos prolongados em instituições de acolhimento enfrentam maiores dificuldades de adaptação à família adotiva. Afirmou-se ainda que o infante mais velho possui obstáculos adicionais à adoção devido à cultura de preferência predominante de escolha de bebês (Brasil, 2016a).

Como fundamento final, indicou-se que a dignidade e a autonomia da mulher devem ser protegidas, de modo que se permita a escolha de projetos de vida. Essa situação gera no Estado o dever de assegurar condições que permitam o gênero feminino conciliar maternidade e carreira profissional.

Tal compromisso é ainda mais significativo no caso da maternidade por adoção, pois contribui para o fortalecimento da convivência familiar e beneficia crianças em situação de vulnerabilidade.

3.3 Habeas Corpus (HC) n.º 143.641/SP – prisão cautelar de geGantes e genitoras e a ampliação de direitos previGos na execução penal

O HC 143.641/SP fora impetrado pela Defensoria Pública da União, tendo como pacientes todas as mulheres gestantes, lactantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade, que se encontram presas cautelarmente, com o objetivo de garantir a estas o direito de substituição da medida de encarceramento pela prisão domiciliar, nos termos da Lei nº 13.257/2016 (Brasil, 2018)¹⁰.

O feito fora distribuído para o Ministro Ricardo Lewandovski, o qual entendeu pelo cabimento do remédio constitucional coletivo, uma vez que esse tipo de ação seria o meio com maior viabilidade para garantir o acesso à justiça à pessoas pertencentes a grupos vulneráveis. Para tanto, indicou-se diversas situações anteriores em que nossa Suprema Corte admitiu o processamento de ações coletivas, apesar da ausência de sua expressa previsão legal, sob a justificativa de que o habeas corpus coletivo deve ser admitido como um instrumento essencial para a proteção da liberdade, considerada um dos bens mais preciosos do ser humano (Brasil, 2018). Afirmou o relator que essa interpretação está alinhada com a tradição jurídica brasileira, que, seguindo a doutrina de Ruy Barbosa, confere ampla aplicação a esse remédio constitucional. Segundo essa perspectiva, sempre que houver uma violação de direito fundamental, deve haver um meio processual adequado para reparar a lesão.

O julgador justificou ainda o cabimento do remédio analisado com base nos artigos 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Civil.

¹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n.º 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/hc143641final3pdfvoto.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2024.

No mérito, afirmou-se que a questão restringir-se-ia a analisar se as mulheres em situação de prisão enfrentam condições degradantes, especificamente a ausência de cuidados médicos adequados no pré-natal e pós-parto, bem como avaliar se as crianças estão sendo prejudicadas pela falta de berçários e creches no sistema prisional (Brasil, 2018).

O Ministro Lewandovski reconhece, com base nos fatos e dados que instruíram o processo, a existência de tal situação degradante (Brasil, 2018). Afirma que há uma falha estrutural que gera o encarceramento massivo de mulheres pobres e vulneráveis, decorrente de julgamentos enviesados. Destaca que o país não consegue cumprir seu dever de proteção ao direito da mulher à maternidade, como verificado no caso Alyne Pimentel, no qual o Brasil fora condenado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, independentemente do encarceramento (Albuquerque e Barros Apud Brasil, 2018).

Revela o julgador que o cuidado com a saúde materna é colocado como prioridade pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM nº 5) e pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS nº 5), ambos documentos da Organização das Nações Unidas (ONU). Essa prioridade reflete o compromisso global com a promoção do desenvolvimento e a igualdade de gênero, além de evidenciar a necessidade de atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres. A ONU reiterou a ênfase sobre o tema nos ODSs devido à constatação, durante a vigência dos ODMs (2000-2015), de avanços insuficientes em áreas como saúde materna, neonatal e reprodutiva (Machado Filho apud Brasil, 2018). Esses objetivos, conforme indicado, reforçam a relevância do direito à saúde reprodutiva da mulher em um contexto de crescente igualdade de gênero. No voto em análise, admite-se que, apesar do compromisso internacional celebrado pelo país acerca da proteção dos direitos acima referidos, a consecução destes decorre do texto constitucional, em especial do artigo 5º, incisos II, XLI, XLV, XLVII, XLIX e L. Especificamente, no que concerne ao objeto da ação, o indeferimento do pleito implicaria em violação ao teor da Lei nº 11.942/2009, que promoveu mudanças na Lei de Execução Penal (Brasil, 2018), ante à

comprovada situação inconstitucional a que estão submetidas as mulheres mães, parturientes ou gestantes encarceradas. Acatou-se o argumento de que estariam sendo violados os direitos do gênero feminino de acesso à justiça, do convívio com os descendentes e com os familiares.

Como fundamento, o Ministro ainda indicou que a situação narrada implica em desrespeitos aos direitos dos filhos das mulheres encarceradas, os quais sofrem injustamente as consequências do encarceramento, atacando o disposto no artigo 227, da CRFB/88 e o Princípio da Intranscendência das Condenações (Brasil, 2018).

Por consequência, concluiu o julgador que compete à nossa Corte Constitucional estabelecer parâmetros que, quando presentes, vincularão o julgador a deferir a substituição do encarceramento cautelar por outras medidas menos gravosas, sendo estes: a verificação específica da situação das reincidentes; a adoção de medidas alternativas, quando não recomendada a aplicação da prisão domiciliar; a valoração da palavra da mulher, no que concerne à guarda de seus filhos; e a ausência de liberação quando a genitora estiver destituída do poder familiar.

3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442 – criminalização do aborto e ponderação entre os direitos fundamentais das mulheres e do nascituro

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, argumentando que os art. 124 e 126, do Código Penal, os quais referem-se à criminalização do aborto, violariam os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, além dos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à igualdade, à saúde, ao planejamento familiar e outros (Brasil, 2017)¹¹.

¹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Brasília, DF, 6 mar. 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProc_essoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865. Acesso em: 5 jun. 2024.

A Ministra Rosa Weber inicia seu Voto indicando os eixos de fundamentação que a guiaram, sendo eles a moralidade pública, a moralidade do Estado, a saúde pública, o normativo jurídico e a ciência médica, e destacando a relevância da discussão ocorrida em sede da audiência pública ocorrida no curso do processo (Brasil, 2023)¹².

O primeiro enfoque apresentado refere-se à competência do Supremo Tribunal Federal para discutir o tema, ante às diversas alegações de que a (des)criminação caberia ao Poder Legislativo, o qual seria o legítimo representante do povo para decidir temas de tamanho impacto social. Adota-se o entendimento de que o STF é o guardião da Ordem Constitucional, dotado da atribuição de garantir que os atos e leis emanados pelo poder público respeitem o teor da Constituição, nos termos do disposto no art. 102, caput, da CRFB/88. O controle de constitucionalidade, assim, seria o mecanismo ideal para constatar o cumprimento dos princípios de nossa democracia constitucional, permitindo o respeito aos direitos das minorias e à adequação das decisões majoritárias à realidade de uma sociedade tão diversa e plural (Brasil, 2023).

Nesse contexto, o aborto não poderia ser tido somente como uma questão política, isenta de controle judicial, uma vez que abrange os direitos fundamentais à vida, à saúde e das mulheres, além de restringir a liberdade. Soma-se a isso o fato de que a discussão do tema pelo STF não implicaria em violação à separação dos poderes, ante à possibilidade de realização de controle de constitucionalidade repressivo, bem como a ausência de temas imunes a tal controle. Ademais, a Suprema Corte é o órgão apto a solucionar questões constitucionais interpretativas.

Logo, a julgadora indica que a temática do aborto afeta a moralidade pública, a ética religiosa e o direito à vida, provocando intensos debates na

¹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 22 set. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 11 out. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 5 jun. 2024.

população e no campo jurídico, impactando a laicidade do Estado. Apesar desses sentimentos, a Ministra focou na escolha da mulher, no controle de constitucionalidade e nos direitos fundamentais, buscando manter a imparcialidade em questões éticas e morais.

Para tanto, são apresentadas as premissas regentes do Voto, sendo elas: “*i) direito à vida e âmbito de proteção no constitucionalismo, ii) direitos fundamentais das mulheres, iii) direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais no desenho constitucional e iv) justiça social reprodutiva como resposta institucional aos deveres fundamentais de proteção*” (Brasil, 2023).

Com relação ao direito à vida e seu âmbito de proteção constitucional, a julgadora indica que este é a premissa central do Voto, abordando suas diferentes perspectivas: a vida intrauterina do feto, seu caráter não absoluto e a vida digna da mulher.

No debate sobre o início da vida, destaca-se que inexistente consenso científico, ético, religioso ou filosófico, levando a relatora a adotar critérios jurídicos para fundamentar sua posição. No âmbito constitucional, argumenta-se que o direito à vida, previsto no art. 5º da CRFB/88, é conferido apenas às pessoas nascidas, afastando a proteção absoluta ao nascituro. Precedentes como a ADI n.º 3510 e a ADPF n.º 54 reforçam essa interpretação, permitindo, respectivamente, pesquisas com células-tronco embrionárias e a interrupção de gravidez em casos de anencefalia. Além disso, o direito à vida é entendido como relativo, vinculado à dignidade humana, o que impede sua atribuição a fetos, já que estes não são considerados sujeitos de dignidade (Brasil, 2023).

Amplia-se a análise com fundamentos do Direito Civil, Penal e Biodireito. No Direito Civil, afirma-se que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, embora o nascituro tenha direitos condicionais. No Direito Penal, as penas mais severas para homicídio em comparação ao aborto refletem a hierarquia de proteção aos bens jurídicos. No Biodireito, a constitucionalidade da Lei n.º 11.105/2005, que regula pesquisas com células-tronco, corrobora a ausência de proteção absoluta ao embrião. Conclui-se que

interpretar o direito à vida de forma absoluta desde a concepção subverteria a lógica dos direitos fundamentais, impedindo o aborto mesmo em situações justificadas (Brasil, 2023). Assim, entende a julgadora que a solução requer a ponderação proporcional entre os direitos fundamentais da mulher grávida e a proteção ao embrião ou feto, em conformidade com os sistemas de proteção internacional e regional de direitos humanos.

Com relação aos direitos fundamentais das mulheres, constata-se que, historicamente, estas foram tratadas como propriedade do homem e tiveram seus direitos reconhecidos de forma gradual, alcançando cidadania plena apenas com a Constituição de 1988. Este marco aboliu restrições como o condicionamento ao voto e desvinculou seus direitos de qualquer figura masculina, garantindo igualdade de direitos entre os gêneros. Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído no reconhecimento de direitos fundamentais das mulheres, como liberdade sexual, saúde, isonomia e dignidade, exemplificado pelo julgamento da ADPF nº 54 (Brasil, 2023).

O Voto enfatiza que as mulheres só podem exercer plenamente suas capacidades se forem amplamente protegidas, considerando as particularidades sociais, culturais e econômicas a que estão sujeitas e a discriminação de gênero que enfrentam (Brasil, 2023). A maternidade e a gestação, frequentemente usadas para impor papéis sociais, são abordadas como escolhas que devem respeitar a autonomia da mulher e seu projeto de vida.

Para tanto, é defendido o conceito de justiça social reprodutiva, fundamentado nos direitos sexuais e reprodutivos, que são aspectos do direito fundamental à saúde feminino. No que concerne aos direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais no desenho constitucional, a Ministra afirma que a mulher possui o direito à liberdade reprodutiva, protegido constitucionalmente pelo direito à saúde, que abrange sexualidade e reprodução. Esse direito inclui o planejamento familiar, garantido pelo art. 226, §7º, da CRFB/88, e regulamentado pela Lei nº 9.263/96, atualizada pela Lei nº 14.443/2022 (Brasil, 2023). O STF, no julgamento da ADI 3.150, consolidou a liberdade reprodutiva e de planejamento familiar,

garantindo o direito à informação, métodos contraceptivos e a escolha da forma de reprodução, como na fertilização in vitro.

A Relatora ressalta a relevância de normas internacionais, como a Convenção de Belém do Pará e a Conferência de Pequim, que recomendam a revisão de legislações punitivas sobre o aborto, tratando o tema como questão de saúde pública. Além disso, a Agenda 2030 estabelece metas de saúde reprodutiva universal, reforçando o compromisso do Brasil em garantir esses direitos (Brasil, 2023).

Com base nesses tratados internacionais, considerados normas constitucionais, a julgadora conclui que o Estado brasileiro está obrigado a proteger e promover os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Esse compromisso inclui a necessidade de reforma das legislações que criminalizam decisões reprodutivas, assegurando a liberdade reprodutiva e protegendo a saúde pública. A interpretação adotada no RE 466343, que considerou incompatível a prisão do depositário infiel com a Constituição, é aplicada ao caso, levando à conclusão de que a criminalização do aborto realizado até a 12ª semana de gestação não teria sido recepcionada pela CRFB/88, tornando incabível a punição da mulher ou do profissional que a auxiliou nesse contexto (Brasil, 2023).

Por fim, tratando da justiça social reprodutiva como resposta institucional aos deveres fundamentais de proteção, a relatora que esta é essencial para garantir o planejamento familiar, a saúde sexual e reprodutiva das mulheres, especialmente em grupos social e economicamente vulneráveis (Brasil, 2023). Define-se justiça social reprodutiva como a implementação de políticas públicas que assegurem esses direitos, considerando que o aborto, quando tratado como questão de saúde pública, é um dos principais fatores de mortalidade materna, particularmente em situações de clandestinidade. Essa realidade reflete a falta de regulamentação estatal e de meios acessíveis para garantir a livre escolha feminina, expondo, sobretudo as mulheres mais pobres, a riscos graves e insegurança (Brasil, 2023).

A julgadora indica que a proteção integral da saúde feminina, incluindo a saúde reprodutiva, engloba o direito à interrupção voluntária

e segura da gestação no estágio inicial, como medida necessária para reduzir a mortalidade materna e promover a autonomia das mulheres (Brasil, 2023).

Em conclusão, a Ministra Rosa Weber realiza um juízo de ponderação entre os direitos reprodutivos e a dignidade da mulher, contrapondo-os à criminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação, fundamentada na proteção à vida intrauterina. Aduz que a criminalização não impede a prática do aborto, sendo incompatível com o bloco de constitucionalidade e insuficiente para proteger o feto. Além disso, a punição penal não alcançaria sua função preventiva ou punitiva, gerando uma disparidade entre a norma e a realidade social (Brasil, 2023). A relatora enfatiza que a intervenção penal deve ser utilizada apenas em último caso, respeitando os princípios da proporcionalidade, da intervenção mínima e da fragmentaridade, e defende a adoção de políticas públicas interdisciplinares e de justiça reprodutiva como soluções mais adequadas para proteger tanto a vida do feto quanto a saúde psíquica, física e social da gestante.

Por fim, entende a julgadora que a criminalização do aborto é desproporcional, inadequada e impede o diálogo social necessário para lidar com a complexidade do tema. A Ministra destaca o viés moral e desigual imposto às mulheres, enquanto os homens não são punidos por sua liberdade sexual. Aponta a necessidade de atuação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo na criação de políticas públicas que garantam os direitos reprodutivos femininos, a autonomia e a dignidade da mulher. Ressalta ainda a ausência histórica de participação feminina na elaboração de leis que criminalizam o aborto e celebra a representatividade feminina na relatoria do caso (Brasil, 2023).

Logo, conclui o voto declarando a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, afastando a criminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação.

Ressalte-se que o caso em tela não teve seu julgamento definitivo proferido, tendo sido selecionado para constar na presente análise ante sua relevância no que concerne aos direitos do gênero feminino.

3.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1.107 – valoração da vida progressa da vítima de crimes sexuais ou no contexto da Lei Maria da Penha

De relatoria da Ministra Carmen Lúcia, a ADPF n.º 1.107¹³, foi ajuizada pela Procuradora-Geral da República, questionando a conduta do Estado no combate à violência contra a mulher. A ação critica práticas que toleram ou validam, em processos judiciais, questionamentos sobre a vida sexual progressa e o estilo de vida da vítima de crimes contra a dignidade sexual. Argumentou-se que tais condutas violam os princípios constitucionais da dignidade humana, liberdade sexual, igualdade de gênero, devido processo legal e os objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º, da CRFB/88, bem como questiona a aplicação do artigo 400-A, do Código de Processo Penal, e do artigo 59, do Código Penal (Brasil, 2024)¹⁴.

Afirma a relatora que o objeto da ação consiste na omissão do poder público em garantir a proteção da vítima de crime contra a dignidade sexual, um a vez que admite, em processo judicial, o questionamento de mulheres vítimas de estupro quanto a sua vivência sexual progressa e ao seu modo de vida (Brasil, 2024).

Para julgar o feito, a Ministra apresenta um vasto histórico acerca da evolução do ordenamento jurídico no que concerne à tutela sexual feminina, indicando que a Constituição de 1988 consistiu em um importante marco normativo necessário para a busca da igualdade de gênero, sendo regulamentada por diversas normas protetivas, como a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006). Apresenta ainda como fundamentos os direitos à vida, igualdade e dignidade humana. Afirma que este último é fundamento

¹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1107. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6817678>. Acesso em: 2 jan. 2025.

¹⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1107. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6817678>. Acesso em: 2 jan. 2025.

para os dois primeiros e que o a igualdade possui duas vertentes, formal e material, só sendo possível sua concretização, quando garantida esta última (Brasil, 2024).

No que concerne à vitimização secundária decorrente do julgamento dos crimes sexuais ou abrangidos pela Lei n.º 11.340/2006, a julgadora ressalta que esta é uma prática recorrente, em razão da relativização do crime com base no histórico sexual ou no modo de vida da vítima. Esse fenômeno desmerece a posição desta, majoritariamente mulheres, e, em muitos casos, sugere que ela compartilha a culpa pelo delito sofrido (Brasil, 2024). Logo, entende a relatora que essa lógica reflete um pensamento retrógrado, predominante até o século XX, que justificava o estupro de mulheres consideradas “impuras” sexualmente.

A Ministra Carmen Lúcia relata que, diante do cenário atual de agressões contínuas contra as mulheres, resultante de resquícios da mentalidade colonial que subordinava os corpos femininos à vontade masculina, torna-se imprescindível a atuação conjunta dos Poderes da República. Essa ação integrada seria necessária para combater a violência de gênero e, especialmente, para evitar a vitimização secundária das mulheres nos casos em questão (Brasil, 2024).

O voto indica a incompatibilidade entre o questionamento da vida sexual pregressa da vítima dos citados crimes e o postulado constitucional da igualdade de gênero. Afirma-se que aceitar tais questionamentos como argumento que justifique a conduta do autor do delito trata-se de clara discriminação e violência de gênero contra a mulher (Brasil, 2024), situação incompatível com as medidas de visam coibir essas práticas, como as diretrizes para um julgamento com perspectiva de gênero, estabelecida pela Portaria do CNJ n.º 27/2021, e a Lei n.º 14.321/2022, que alterou a Lei n.º 13.869/2019, para tipificar o crime de violência institucional.

Em conclusão, a relatora julgou procedentes os pedidos da inicial, adotando interpretação conforme à CRFB/88, do artigo 400-A do CPP, vedando a invocação, em audiência de instrução e julgamento de crimes

contra a dignidade sexual e violência contra a mulher, de elementos relacionados à vivência sexual pregressa ou ao modo de vida da vítima, sob pena de nulidade do ato ou julgamento. O artigo 59, do CP também foi interpretado no sentido de proibir que magistrados considerem a vida sexual pregressa ou o modo de vida da vítima ao fixar a pena em crimes sexuais. Por fim, estabelece o dever dos juízes de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal (Brasil, 2024).

4 O PAPEL DA JULGADORA: POSICIONAMENTO DAS MINISTRAS NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FEMININOS

As decisões acima apresentadas permitem antever que o STF encontra-se comprometido com a promoção dos direitos fundamentais femininos. Esse fato, entretanto, não nos impede de constatar que a existência de uma representatividade ínfima de mulheres implica na forma como esses direitos são vistos, no modo de reconhecimento destes e na ausência de concretização do princípio democrático, ao se omitir a visão de uma grande parcela da sociedade.

Na APDF nº 54, o Ministro Marco Aurélio utilizou como fundamentos laicidade do Estado, da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Verifica-se, assim, que o enfoque de seu voto teve como bases principais os direitos do feto, a intervenção da religiosidade e da moralidade social no Estado, para só depois passar a analisar os direitos de autonomia, liberdade, privacidade e saúde da mulher, quando ela é a principal atingida pela situação em análise, uma vez que a gravidez anencefálica é fadada a mortandade, não havendo que se falar da possibilidade do nascituro coexistir com vida e, assim, ter direito à dignidade a ela inerente.

Já no REExt 778.889/PE, analisou-se a constitucionalidade da diferenciação entre os prazos de licença adotante e gestante. Para justificar que esta diferenciação é indevida, o Relator Luíz Roberto Barroso aduziu, em primeiro lugar, a necessidade proteção dos direitos da criança, em especial

daquelas que encontram-se em situação de acolhimento e quando possuem maior idade. A dignidade e a autonomia da mulher foram os últimos direitos a serem considerados com necessidade de proteção.

Por sua vez, o HC n.º 143.641, do Estado de São Paulo, reconheceu a existência de violação permanente dos direitos das mulheres gestantes, parturientes ou genitoras encarceradas e de seus filhos, determinando que os julgadores adotassem parâmetros para a concessão de prisão domiciliar dessas mulheres ou de medidas alternativas que permitam o convívio sadio e protegido entre os sujeitos envolvidos. Para tanto, o Ministro Lewandowski reconheceu a existência de uma falha estrutural que gera o encarceramento de mulheres em situação de hipervulnerabilidade, uma permanente violação ao direito à saúde materna por parte de nosso sistema carcerário, além dos direitos do gênero feminino de acesso à justiça, do convívio com os descendentes e com os familiares.

Por fim, o relator do presente remédio constitucional considerou a existência de violação dos descendentes das mulheres que encontram-se nas situações narradas no autos.

Na ADPF n.º 442, de Relatoria da Ministra Rosa Weber¹⁵, há uma das discussões mais relevantes acerca dos direitos femininos no Brasil do Século XXI. Questiona-se a possibilidade de realização de aborto até a 12a semana de gestação, sem que tal conduta seja considerada crime.

Os fundamentos do voto indicam uma preocupação com a legitimidade do STF para analisar o tema, ante a envergadura social e moral que o reveste, com a proteção ao direito à vida e à dignidade da mulher e do feto, aos direitos de liberdade, sexuais e reprodutivos da mulher. Ressalte-se que a julgadora apresenta o conceito de justiça social reprodutiva, buscando retirar a ideia de coisificação da mulher como mera reprodutora de indivíduos e

¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 22 set. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 11 out. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 5 jun. 2024.

garantir um anteparo para o direito ao planejamento familiar das mulheres em situação de hipervulnerabilidade.

Por fim, a ADPF nº 1.107¹⁶, estabeleceu a impossibilidade de utilização de questionamentos acerca da vida sexual pregressa da vítima de crimes sexuais ou no contexto de violência doméstica. A relatora Carmen Lúcia considerou que a ação fora necessária em decorrência de uma omissão do poder público em resguardar o direito de tais vítimas, produzindo sua revitimização durante o curso processual.

Como fundamentos, a julgadora entendeu por bem indicar a evolução histórica da tutela da sexualidade feminina por parte da legislação nacional, os direitos à vida, igualdade e dignidade humana do gênero feminino. Indicou-se ainda a necessidade de concretização do princípio da isonomia, em especial no que concerne à igualdade de gênero, ante o contexto social de subordinação dos corpos femininos à vontade masculina em que o país se insere, a qual implica em uma revitimização das vítimas do crime em questão.

As decisões analisadas refletem um esforço do STF em adaptar normas constitucionais ao contexto social contemporâneo, considerando as mudanças nos papéis das mulheres na sociedade. Ocorre que, conforme o gênero dos relatores, pode-se verificar uma valoração diferenciada com relação aos direitos femininos, posicionando estes como principal parâmetro ou como parâmetro secundário de suas decisões. O posicionamento das julgadoras, como a Ministra Rosa Weber e a Ministra Cármen Lúcia, insere-se em um contexto de busca por maior representatividade e sensibilidade às questões de gênero em relação aos votos dos demais julgadores.

Ressalte-se ainda que os votos das julgadoras deram destaque a análise de práticas discriminatórias e da promoção da igualdade de gênero.

Logo, o estudo em questão conclui que as ações constitucionais desempenham um papel essencial na concretização dos direitos fundamentais.

¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1107. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6817678>. Acesso em: 2 jan. 2025.

Contudo, ressalta-se a importância de uma maior representatividade de gênero entre os julgadores dessas ações, como forma de fortalecer o princípio democrático. Essa representatividade contribui para assegurar que uma parcela significativa da população, especialmente as mulheres, tenha seus direitos plenamente reconhecidos e protegidos.

Ademais, verificou-se que o gênero dos julgadores influencia tanto o enfoque quanto a abordagem adotada nas decisões, com as julgadoras frequentemente priorizando questões relacionadas à igualdade de gênero e à proteção dos direitos das mulheres. Apesar disso, as decisões analisadas demonstram um esforço conjunto do Supremo Tribunal Federal para reafirmar esses direitos de maneira ampla, promovendo um ordenamento jurídico comprometido com a superação de desigualdades históricas e com a efetivação da cidadania plena feminina, independentemente do gênero dos magistrados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 149-164, jul./set. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v213.1998.47206>. Acesso em: 04 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgada em 12 abr. 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 02 dez. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 778.889. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 10 mar. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1133834>. Acesso em: 14 dez. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442. Brasília, DF, 6

mar. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n.º 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc143641final3pdfvoto.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 22 set. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 11 out. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1107. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6817678>. Acesso em: 2 jan. 2025.

CAVALCANTI, Emerson Barrack. Aplicabilidade e eficácia das ações constitucionais. **Revista Jurídica do Nordeste Mineiro**, v. 1, 2020. Disponível em: https://revistas.unipacto.com.br/storage/publicacoes/2020/390_aplicabilidade_e_eficacia_das_acoes_constitucionais.pdf. Acesso em: 6 jan. 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Número de homens e mulheres**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/nosso-povo/19625-numero-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 14 dez. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Limites da Intervenção Judicial em Políticas Públicas

Carlos Eduardo Ferreira Aguiar¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Recurso Extraordinário 684.612 do Rio de Janeiro. 3. Análise dos Votos Proferidos no RE 684.612/RJ. 3.1 Voto do Ministro do Relator Ricardo Lewandowski. 3.2. Voto do Ministro do Alexandre de Moraes. 3.3. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O processo constituinte que culminou com a promulgação de uma constituição prolixa em direitos e garantias é fruto de um contexto histórico marcado pela centralização do poder e na sublimação de direitos inerentes à condição humana. A partir disso, não é difícil de se compreender que a Constituição Federal de 1988 apresente-se como um projeto de futuro, ou seja, uma constituição dirigente que não almeja apenas regular a sociedade posta, mas criar uma sociedade mais justa e igualitária (Bello; Bercovici, 2019)².

Nesse sentido, o rol de direitos fundamentais vai desde a liberdade civil e política, primeira dimensão, até o direito à saúde, segunda dimensão, e ao meio ambiente equilibrado, terceira dimensão. O constitucionalismo social, contudo, não ancorava todas as dimensões como normas capazes de ensinar uma intervenção judicial, haja vista a ultrapassada compreensão de que os direitos sociais, que possuem caráter programático, não eram

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Federal do Ceará – UFC. Link de Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5385811434023311>. Link de Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6861-6774>. E-mail: car.guiar.18@gmail.com

² BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1769–1811, jul. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R3z379zK3RWSR/?lang=pt>. Acesso em: 25 jan. 2025.

suscetíveis de serem pleiteados em vias judiciais por seus detentores (Bello; Bercovici, 2019).

A questão em comento se altera a partir do neoconstitucionalismo que agora atribui aos direitos fundamentais, em qualquer de suas dimensões, o caráter vinculatório, desse modo, o Estado, enquanto provedor do bem-estar social, se vê obrigado a arcar com os custos da promoção de direitos como saúde, educação e moradia, e pode, inclusive, ser réu em processos judiciais que objetivem a materialização das promessas constitucionais (Apolinário; Costa, 2022)³.

Em virtude disso, surge uma problemática, o Estado sendo obrigado a custear direitos sociais a um corpo social volumoso, como é o caso do Brasil, acaba obrigado a fazer escolhas drásticas, haja vista o finito orçamento público disponível, nessa seara o mínimo existencial e a reserva do possível são postos face a face na busca de uma solução plausível.

A existência de direitos fundamentais surge não apenas da positivação dessas normas em constituições escritas, mas advém do reconhecimento de que são inerentes à existência humana. Dessa forma, o mínimo existencial corresponde à parcela de direitos e garantias sem as quais não é possível a realização de uma vida com dignidade, hordienamente entende-se que esse é composto, dentro outros direitos, pelo acesso à saúde, em suas múltiplas searas (Sarlet; Zockun, 2016)⁴.

No que se refere à reserva do possível, é notório que a atuação estatal está limitada ao que sua população consegue produzir, desse modo, a produção de riqueza e a promoção de direitos restam umbilicalmente interligadas. Uma vez que os direitos possuem custos, independentemente da dimensão em que se enquadrem, é preciso equalizar o binômio necessidade-

³ AGUIAR, C. E. F.; LIMA, R. A.; MAGALHÃES, Á. de A. A. Amicus Curia e como Mecanismo Democratizador das Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 24, n. 48, p. 87-109, 30 abr. 2024. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitoejustica/article/view/1180>. Acesso em: 29 jan. 2025.

⁴ SARLET, I. W.; ZOCKUN, C. Z.. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/k6tMmbhVkdzFHtrYtgjgp/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

possibilidade para que se alcance a realização das prerrogativas constitucionais (Holmes; Susteim, 2019)⁵.

Sendo assim, a arrecadação e a gestão do orçamento público é competência típica do Poder Executivo, o qual é organizado de forma descentralizada, haja vista que os entes subnacionais são responsáveis por arrecadar seus respectivos tributos e realizar o investimento a partir da máquina burocrática, seja ela federal, estadual, municipal ou distrital. Por essa razão, a realização de demandas coletivas como acesso às consultas, medicamentos, leitos de hospitais e cirurgias, para citar apenas o direito à saúde, é de responsabilidade da Administração Pública.

Os direitos sociais demandam parcela significativa dos recursos do Estado, tanto na promoção de ações preventivas, como acesso à alimentação adequada e água potável, quanto na realização de atividades de mitigação dos danos, como tratamento médico hospitalar. Desse modo, a CF/88 impõe ao Estado, com ênfase no Poder Executivo, a realização das demandas sociais, as quais carecem de organização eficiente do orçamento público.

Nessa perspectiva, a materialização de direitos fundamentais sociais se realiza por meio da elaboração, implementação e custeio de políticas públicas, as quais são definidas por Bucci (2006, p. 259)⁶ como “o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo”, indo além, tem-se que as políticas públicas são os meios pelo qual o Estado se utiliza para alcançar os objetivos elencados como valores fundamentais na constituição (Ribas; Souza Filho, 2014)⁷.

Junto a isso, a CF/88 preceitua logo em seu art. 2º que os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o que remete a não invasão de uma seara de competência do outro, a situação em si é reflexo

⁵ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

⁶ BUCCI, M. P. D. (Org). **Políticas públicas: reflexões sobre o con-ceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006

⁷ RIBAS, G. P. P.; SOUZA FILHO, C. F. M. de. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 44, 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/378>. Acesso em: 29 jan. 2025.

da concepção liberal da rígida separação dos poderes apresentada por Montesquieu (2000)⁸ no XVIII.

É preciso atentar, contudo, ao fato de que a separação e não intervenção de um poder nas atividades do outro advém do contexto em que a burguesia almeja suplantiar o Estado Monárquico para então instaurar o Estado Liberal, por essa razão, nada mais justo que a realização da estrita divisão dos poderes. No mesmo sentido, Bobbio (1997)⁹ defende que o marco do Estado de Direito é a separação dos poderes e o estabelecimento de direitos fundamentais, que são marcas notórias do constitucionalismo clássico anteriormente discutido.

No processo revolucionário burguês, que se deu com maior ênfase na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América, sustentava-se a concepção de um Estado não intervencionista, que deveria ser alheio à vida privada, cuidando apenas de promover a liberdade do corpo social. As revoluções sociais que sucederam nos séculos seguintes, ao contrário do mote burguês, objetivam um Estado capaz de promover o acesso a direitos básicos e que garantisse uma vida digna (Aguiar, 2023)¹⁰.

Nesse sentido, a CF/88 que reinaugurou o Estado Democrático de Direito no Brasil está inserida em outro contexto histórico, o qual se caracteriza pelo neoconstitucionalismo, situação em que não se compreende mais uma rígida separação dos poderes, haja vista os mecanismos de freios e contrapesos existentes no próprio texto constitucional (Apolinário; Costa, 2022).

O art. 5º em seu inciso XXXV apregoa o princípio da inafastabilidade da jurisdição, situação em que o Poder Judiciário, caracterizado pelo seu déficit democrático e pela inércia, é instado a se manifestar seja para solucionar

⁸ MOLINARI, D. DA R.; TURATTI, L.; CARRENO, I.. A proteção dos direitos sociais na perspectiva do desenvolvimento e das políticas públicas igualitárias e não discriminatórias. *Interações (Campo Grande)*, v. 23, n. 1, p. 101–113, jan. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/dthNPNGFBS348zwd5W5Z5nd/>. Acesso em: 19 jan. 2025.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

¹⁰ AGUIAR, C. E. F. *Os limites da democracia participativa na Constituição Federal de 1988 a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 244-9 do Rio de Janeiro*. 2023. 170 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023

uma lide entre particulares ou uma inobservância de direitos por parte do Estado a partir de qualquer dos três poderes.

Nessa perspectiva, a separação dos poderes coloca-se diante de um contexto novo que é a judicialização da política, pois sendo o Estado o “agente transformador da realidade”, cabe a ele por meio de seus delegados realizarem a promoção de direitos e garantias postulados em sua própria constituição (Ribas; Souza Filho, 2014).

A busca da sociedade pela realização de seus direitos por meio do Judiciário é reflexa de uma “crise de confiança da população em relação aos Poderes Executivo e Legislativo”, situação essa que é paradoxal, haja vista que são esses os poderes fidedignamente democráticos, pois foram escolhidos pelo povo para a ele representar (Rudolfo, 2018, p. 117)¹¹.

No mesmo sentido, Ribas e Souza Filho (2014, p. 42) pontuam que “a Constituição Brasileira é desconfiada do legislador”, o que é compreensível pelo contexto político e social que originou a constituição, assim como pelos mecanismos jurídicos de salvaguarda da própria constituição que foram delineados no processo constituinte.

Com fito na corroboração do referido pensamento, observa-se que a CF/88 em seu art. 102 estabelece o Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição, órgão que faz às vezes de cúpula do Poder Judiciário, de Tribunal Recursal e Tribunal Constitucional o que reforça sua abrangente atuação. A partir disso, denota-se que a o processo democrático que promulgou uma constituição verdadeiramente cidadão atribuiu ao Poder Judiciário, que não possui apelo popular por capital político advindo das urnas, a função de guardar e defender a constituição dos arroubos de uma maioria circunstancial.

É possível compreender essa problemática também a partir da existência de cláusulas pétreas, haja vista que o constituinte, não confiando na

¹¹ RUDOLFO, R. N. P. Diferenças entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 6, n. 1, p. 117–136, 2018. DOI: 10.37497/revistacejur.v6i1.293. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/293>. Acesso em: 29 jan. 2025.

maioria governante do futuro, optou por estabelecer no texto constitucional temas sensíveis aos quais não caberiam emendas constitucionais, haja vista os direitos fundamentais (Bercovici, 2004)¹².

Por essas razões, a cada vez que os Poderes Executivo e Legislativo não realizam o seu poder-dever de realizar direitos e garantias fundamentais, seja por ausência de recursos ou por ineficiência de sua execução, a sociedade busca amparo no Poder Judiciário para sanar tais problemas. Acerca disso, destaca-se que “a judicialização não é uma escolha do Judiciário, mas deriva de um modelo institucional vigente” (Ribas; Souza Filho, 2014, p. 43).

A estrutura e divisão dos poderes da União representam as três faces das necessidades sociais, seja sua autorregulação, e entende-se como auto, pois ao homem não caberia ser regulado senão por ele próprio, como Rousseau (1999)¹³ anteviu em seu Contrato Social; quanto sua gestão e proteção. No que se refere à proteção, ficou a cargo do Judiciário o exercício do controle, quando provocado, das ações dos demais poderes, inclusive dos atos de seu próprio corpo de magistrados.

Nesse sentido, a realização do planejamento e execução das políticas públicas necessárias para a materialização dos direitos fundamentais é de competência do Executivo, o qual não pode ficar inerte sob a premissa de que não há recursos ou mesmo, no caso dos direitos fundamentais sociais, de que o caráter programático das normas não possibilite sua realização.

A política como um todo é fruto da necessidade da sociedade por uma representação capaz de gerir o contrato social firmado por cada Estado, portanto, cabe à política, em suas múltiplas acepções, realizar programas, planos e metas capazes de materializar o projeto de sociedade previsto na constituição (Bucci, 2006). Por essas razões, quando a burocracia administrativa e a inércia legislativa se mostram como um entrave à realização

¹² BERCOVICI, G. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 61, p. 5–24, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

¹³ ROUSSEAU, J. **O Contrato Social**: princípios do direito político. Tradução de Antônio P. Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

de direitos não resta outra saída senão a busca pela intervenção judicial, num processo que se caracteriza como judicialização da política.

Assim, no que se refere à judicialização da política, observa-se que se trata de um movimento responsivo por parte do Judiciário que fora provocado pela sociedade e, além disso, possui como finalidade a revisão das decisões dos poderes essencialmente políticos a partir da ótica constitucional (Rudolfo, 2018). Sendo assim, a judicialização das políticas públicas não é em si o problema, mas advém de um contexto problemático que reforça a necessidade do acionamento do sistema de freios e contrapesos para salvaguardar direitos fundamentais que estejam em inobservância pela Administração Pública.

Desse modo, a conflituosidade precípua entre separação dos poderes e a judicialização da política se encontram num cenário de clamor social pela realização de seus direitos, bem como na impossibilidade do Poder Judiciário restar inerte após o chamamento da sociedade. É preciso, contudo, compreender que os limites de uma potencial intervenção do Judiciário nas políticas públicas, haja vista que os recursos são finitos e uma decisão judicial, ainda que em sede de ação coletiva, pode impactar diretamente a realização dos programas estatais de usufruto coletivo.

Assim, para concluir a análise da separação dos poderes e da judicialização da política, é oportuno direcionar o foco para a apreciação do Recurso Extraordinário 684.612¹⁴, originário do Rio de Janeiro. Este caso, por sua relevância, representa um importante exemplo da atuação do Poder Judiciário no contexto da efetivação de direitos fundamentais e na revisão de políticas públicas. Sua análise oferece subsídios para uma reflexão mais aprofundada sobre os limites da intervenção judicial no que se refere às políticas públicas.

Na próxima seção, será abordado, de forma detalhada, o referido recurso, cuja decisão se insere na discussão sobre o papel do Poder Judiciário no

¹⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 684.612 - RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso, julgado em sessão virtual de 8 a 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2025.

âmbito das políticas públicas, bem como a delimitação de seus limites quanto à intervenção. O estudo do RE 684.612/RJ possibilitará a compreensão dos aspectos constitucionais envolvidos, particularmente no que se refere à interface entre a efetivação de direitos sociais e os limites orçamentários impostos ao Estado.

Dessa forma, a próxima seção buscará contextualizar e analisar a decisão do STF, à luz dos princípios da separação dos poderes, da inafastabilidade da jurisdição e da busca pela concretização dos direitos fundamentais previstos na CF/88.

2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 DO RIO DE JANEIRO

O Recurso Extraordinário 684.612 do Rio de Janeiro advém do processo originário datado de 30 de março de 2003, momento em que o Município do Rio de Janeiro foi acionado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro para tratar de problemas estruturais referente ao funcionamento do Hospital Municipal Salgado Filho.

À época da ação judicial em primeira instância, o hospital atendia mensalmente 6.000 pacientes, contudo, estava com a capacidade esgotada e com um quadro reduzido de funcionários, entre médicos, enfermeiros e técnicos em enfermagem. É preciso ressaltar, contudo, que o quadro de redução no número de funcionários e prestação de serviço ineficiente do Hospital Municipal Salgado Filho não era o único do Rio de Janeiro, haja vista que no mesmo período o MPRJ entrou com ações civis públicas com pleito similar referente aos hospitais municipais Souza Aguiar, Paulino Werneck, Piedade e Lourenço Jorge, como bem observa Silva e Costa (2024)¹⁵.

Nesse sentido, denota-se que a questão de saúde pública do Município do Rio de Janeiro, não dizia respeito apenas ao Hospital Municipal Salgado Filho, mas havia uma potencial crise na gestão da pasta da saúde, haja vista

¹⁵ SILVA, M. R. da; COSTA, S. H. da. Tema de repercussão geral 698: processo estrutural e estratégias adotadas. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 1, p. 337–368, 2024. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/338>. Acesso em: 29 jan. 2025.

que a carências de funcionários era fator recorrente em diversos hospitais municipais, bem como era de conhecimento da gestão municipal.

A inferência acima se corrobora no fato de que o cenário apresentado pelo município é reflexo do enxugamento do quadro de pessoal promovido por uma reforma administrativa municipal que foi realizada por meio da Lei Municipal nº 3.057/2000, que objetivava instituir o Programa de Extensão de Atividades Funcionais da Secretaria Municipal de Saúde.

Dessa forma, a referida lei promovia o aumento da carga horária de todo o funcionalismo público que fosse vinculado às unidades de saúde e que aderissem ao programa, com isso, os servidores que possuíam carga horária de 24 ou 32 horas passariam a trabalhar 40 horas semanais, o que levou ao pedido de exoneração de inúmeros servidores agravando o quadro deficitário da saúde pública do Município do Rio de Janeiro (Silva; Costa, 2024).

O contexto em que o município se encontrava denota não apenas um problema singular do Hospital Municipal Salgado Filho, mas, na verdade, um problema estrutural que necessitava de uma reformulação das políticas públicas municipais. É preciso destacar, contudo, que ao tempo da ação inicial essa não foi a lógica observada, haja vista que o pleito do MPRJ foi pela abertura de concursos públicos com imediata nomeação dos aprovados especificamente no Hospital Municipal Salgado Filho.

Acontece, entretanto, que tal medida se encontra diametralmente oposta ao princípio da separação dos poderes, haja vista que não caberia ao Poder Judiciário impor ao Poder Executivo a realização de concursos públicos e, mais que isso, a lotação dos servidores especificamente no Hospital Municipal Salgado Filho e assim entendeu a 7ª Vara da Fazenda Pública ao julgar improcedente a demanda formulada pelo MPRJ.

Irresignado da decisão da primeira instância, o MPRJ apelou para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A apelação foi julgada pela 6ª Câmara Cível do TJRJ, que entendeu que a prestação do direito à saúde por meio das políticas públicas de estruturação do Sistema Único de Saúde era dever constitucional do poder público, haja vista o art. 196 da CF/88.

Nesse sentido, o relator do acórdão, o então desembargador Luís Felipe Salomão, atualmente ministro do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que inexistia desrespeito à separação dos poderes, pois é papel do Judiciário fazer observar os princípios fundamentais da administração pública, com ênfase na legalidade e na moralidade, como também não era possível ao Poder Executivo eludir-se de suas obrigações constitucionalmente impostas.

A perspectiva apresentada tanto pelo MPRJ que fora confirmada pelo TJRJ era de que não haveria óbice à intervenção do Judiciário, uma vez que na inércia ou na ineficiência do Executivo em organizar seus recursos e proporcionar à população a prestação eficiente do serviço público de saúde, ficaria a cargo do Judiciário, em face da sua impossibilidade de se manter inerte face ao pleito popular.

Por essas razões, o TJRJ ordenou a realização de concurso público para médicos e funcionários técnicos, bem como a nomeação e a posse, além da correção dos procedimentos e saneamento das irregularidades apresentadas na inicial pelo MPRJ em face do Município do Rio de Janeiro. Por fim, deu-se o prazo de seis meses para realização do feito sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

O entendimento firmado pelo TJRJ à época da apelação encontra respaldo na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, sob a relatoria do Ministro Celso de Melo, oportunidade em que se entendeu que a reserva do possível não se aplicaria como salvo-conduto para o Estado não realizar sua finalidade precípua, qual seja a realização de direitos (Sarlet, 2016).

O Município do Rio de Janeiro, contudo, entrou com o recurso de Agravo de Instrumento no STF o qual foi aceito e convertido em Recurso Extraordinário pela Ministra Carmen Lúcia. O RE 684.612/RJ teve sua repercussão geral reconhecida pelo plenário do STF em 2014, momento em que se fixou o Tema de Repercussão Geral nº 698, que assim delimitou a discussão:

Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

Assim, ao chegar ao STF, a discussão amplia-se para além do caso Município do Rio de Janeiro e os problemas do Hospital Municipal Salgado Filho, haja vista que se questiona agora até onde o Judiciário pode ir na intervenção das políticas públicas. O limiar em que o tema 698 se encontra é peculiar, pois defronta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a separação dos poderes.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais vão além do estabelecimento de uma prerrogativa do indivíduo perante o Estado, mas realizam-se também como uma obrigação do Estado perante os indivíduos. Desse modo, no que se refere aos direitos fundamentais sociais, realizáveis por meio de políticas públicas, “cuida-se de um direito de caráter transindividual que impõe ao Estado o dever de cumprir a dimensão objetiva dos direitos sociais, desenvolvendo um planejamento e programas de ação que serão executados pelo Poder Público” (Molinari; Turatti; Carreno, 2022, p.103)¹⁶.

Assim, no que se refere à dimensão objetiva, tem-se que essa preceitua uma eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que eles contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização” (Sarlet, 2009, p. 149)¹⁷. Tal dimensão transcende o mero reconhecimento de direitos subjetivos, pois impõe ao Estado o dever de estruturar políticas públicas e adotar medidas administrativas, legislativas e orçamentárias que promovam a efetivação desses direitos, garantindo sua universalidade e acessibilidade (Sarmiento, 2004).

Nesse sentido, os direitos fundamentais não se limitam à proteção de interesses individuais, mas configuram verdadeiros vetores de orientação para a atuação estatal, obrigando-o a organizar e operar sua máquina administrativa de modo a proporcionar as condições materiais para o pleno exercício desses

¹⁶ MOLINARI, D. DA R.; TURATTI, L.; CARRENO, I. A proteção dos direitos sociais na perspectiva do desenvolvimento e das políticas públicas igualitárias e não discriminatórias. *Interações (Campo Grande)*, v. 23, n. 1, p. 101–113, jan. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/dthNPNFGFBs348zwd5W5Z5nd/>. Acesso em: 19 jan. 2025.

¹⁷ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

direitos. Trata-se de um vínculo normativo que direciona tanto a atividade legislativa quanto a administrativa, exigindo que sejam empreendidos esforços contínuos para reduzir desigualdades, ampliar o acesso aos serviços essenciais e assegurar a dignidade humana em todas as suas manifestações (Silva, 2017)¹⁸.

Essa perspectiva reflete o caráter imperativo dos direitos fundamentais, cuja realização plena não depende apenas de ações pontuais, mas de uma estrutura estatal comprometida com a construção de um ambiente social justo e inclusivo. Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela-se como um alicerce indispensável para a formação de um Estado Democrático de Direito efetivo, em que os interesses coletivos e individuais se harmonizem em prol do bem comum (Sarmiento, 2004).

Sob esse prisma a discussão acerca do caso do Hospital Municipal Salgado Filho transporta-se para a um questionamento mais amplo, que abrange não apenas problemas pontuais, ainda que estruturais, de um hospital municipal, mas suscita a dúvida acerca da ingerência do Judiciário nas políticas públicas e qual o seu limite de intervenção.

Dessa forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais reforça a posição do Estado como protagonista na realização de garantias constitucionais essenciais, demandando a formulação de políticas públicas e a implementação de medidas práticas que concretizem esses direitos (Sarmiento, 2004). Tal enfoque não apenas orienta a atuação estatal, mas também confere um caráter estruturante às normas constitucionais, que passam a irradiar seus efeitos para a organização administrativa e a definição de prioridades orçamentárias (Sampaio, 2007)¹⁹. Nesse contexto, os direitos fundamentais assumem um papel integrador, vinculando a atuação pública aos imperativos de justiça social e dignidade humana.

¹⁸ SILVA, M. F.. Dever Fundamental De Atuação Do Estado Como Elemento Promotor Da Igualdade Substancial E Efetividade Do Sistema Constitucional: desdobramentos da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, [S. l.], n. 31, p. 229–245, 2017. DOI: 10.12957/rfd.2017.6761. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/6761>. Acesso em: 29 jan. 2025

¹⁹ SAMPAIO, J. A. L.. Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito, 2007. In: C. P. de Souza Neto, & D. Sarmiento (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Assim, o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais não se limita a atribuir prerrogativas aos cidadãos, mas exige a construção de mecanismos que possibilitem sua realização concreta. É nesse ponto que se observa o papel fundamental do Estado na proteção desses direitos, por meio de uma organização e de procedimentos que garantam sua efetivação, mesmo em cenários de escassez de recursos ou conflitos entre interesses coletivos e individuais. A lógica subjacente a esse modelo é a busca pela máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, respeitando os limites da proporcionalidade e da reserva do possível (Bello; Bercovici, 2019).

À luz dessas considerações, a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas configura um tema de alta complexidade, exigindo equilíbrio entre a defesa dos direitos fundamentais e o respeito à separação dos poderes. Essa questão ganha contornos ainda mais relevantes quando analisada no contexto do Recurso Extraordinário 684.612/RJ em que se delimitou o Tema 698 versando acerca dos limites e possibilidades de atuação judicial em prol do direito fundamental à saúde.

Na próxima seção, será realizada uma análise detalhada desse julgamento sob três perspectivas distintas. Primeiramente, será abordado o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, que apresentou uma interpretação mais restritiva quanto à atuação judicial. Em seguida, será analisado o voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes, que trouxe argumentos contrários ao reconhecimento das obrigações impostas ao Poder Público.

Por fim, será examinado o voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso, que fixou as bases para a decisão e estabeleceu as teses de repercussão geral que balizam a intervenção judicial em políticas públicas. Essa abordagem permitirá compreender os fundamentos, divergências e consensos que orientaram o desfecho do caso.

3. ANÁLISE DOS VOTOS PROFERIDOS NO RE 684.612/RJ

Uma vez delimitado o contexto em que o Tema 698 se originou, é preciso delinear as razões de decidir que levam a fixação da tese. Nesse

sentido, observa-se que o processo inicialmente foi recebido sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, mas posteriormente recebeu o pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

A partir do recorte apresentado acima advieram três posicionamentos divergentes apresentados no julgamento da RE 684.612/RJ, pois, além dos votos do Min. Lewandowski e do Min. Barroso, o Min. Alexandre de Moraes emitiu voto discordante indo no caminho inverso dos pares. Antes de iniciar propriamente a análise dos três votos paradigmas para o referido julgado, é preciso destacar que o voto do Min. Barroso foi seguido pela maioria do plenário (7 votos), enquanto que o voto do Min. Lewandowski foi seguido pelo Min. Edson Fachin e o voto do Min. Alexandre de Moraes foi seguido pelo Min. André Mendonça.

3.1 Voto do MiniGro do Relator Ricardo Lewandowski

O voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski se destaca por sua ampla fundamentação jurídica, robustez argumentativa e atenção aos princípios constitucionais. Nesse sentido, a análise crítica do voto se deu a partir da busca pelos fundamentos jurídicos apresentados, bem como pelas referências doutrinárias e jurisprudenciais indicadas, bem como a coerência argumentativa do voto emitido.

No que se refere aos fundamentos jurídicos, o voto embasa-se, em regra, na promoção e proteção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, haja vista o esforço argumentativo realizado pelo ministro para indicar que a realização do direito aos serviços adequados de saúde perfaz a realização da dignidade humana, que se traduz em um dos fundamentos previstos no artigo 1º da CF/88. Esse argumento reforça o caráter principiológico do voto e demonstra uma preocupação em equilibrar os direitos em disputa.

Outro ponto que merece destaque é a utilização do princípio da proporcionalidade como critério central para a decisão, haja vista questiona a aplicação literal de normas infraconstitucionais não pode se sobrepor ao

exame das peculiaridades do caso concreto, sob pena de violação à ordem constitucional, o que reflete uma interpretação progressista e adequada ao contexto social e jurídico contemporâneo (Brust, 2009)²⁰. No entanto, o uso reiterado de princípios gerais do direito pode suscitar questionamentos quanto à segurança jurídica, haja vista a falta de uma maior exploração de dispositivos normativos específicos na construção do voto em comento abre margem a interpretações subjetivas e menos previsíveis.

Quanto às referências utilizadas, o Min. Lewandowski fundamenta seu voto com base em doutrina clássica, como a da eficácia dos direitos fundamentais apresentada por Sarlet (2009) e a eficácia jurídica dos princípios constitucionais de Barcellos (2008)²¹, o que reforçam o respaldo teórico da decisão que se fundamenta na aplicação principiológica.

Além disso, o uso de jurisprudência consolidada confere coerência com os precedentes da Corte, o que se depreende do reconhecimento da Suprema Corte de que a concretização de direitos fundamentais não pode ser obstaculizada por formalismos excessivos. Por outro lado, é perceptível a ausência de uma abordagem comparativa com sistemas jurídicos internacionais, mesmo em um contexto em que os direitos discutidos apresentam interseção com tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Tal lacuna reduz a oportunidade de enriquecer a argumentação com experiências estrangeiras relevantes, especialmente em matérias envolvendo direitos humanos.

Junto a isso, a estrutura argumentativa do voto é clara e bem delineada, haja vista que o ministro inicia contextualizando os fatos do caso e prossegue para a análise jurídica, aplicando os princípios pertinentes ao caso concreto, o que facilita a compreensão do raciocínio exposto.

Por fim, o ministro fixou a tese para o Tema 698 da repercussão geral, que consagra a posição de que:

²⁰ BRUST, L. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 507–526, jul. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/3dz8C7rw8rzKxT3hfmMvk7H/>. Acesso em: 28 jan. 2025

²¹ BARCELLOS, A. P. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem como determinar a correção de procedimentos e o saneamento irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

Desse modo, observa-se que o voto do ministro relator demonstra uma análise aprofundada e uma preocupação com a concretização de direitos fundamentais. Sua fundamentação jurídica é ampla, e a utilização de princípios constitucionais evidencia um compromisso com a justiça social. Entretanto, algumas fragilidades podem ser apontadas, como a necessidade de maior exploração de normas específicas, indo além da abstração da aplicação principiológica.

3.2 Voto do MiniGro do Alexandre de Moraes

No que se refere à fundamentação jurídica, o voto se baseia em princípios constitucionais fundamentais, como a separação dos poderes, a discricionariedade administrativa e a garantia de direitos fundamentais, conforme disposto na CF/88, a fundamentação, nesse ponto, alinha-se ao posicionamento adotado pelo ministro relator.

Quanto à separação dos poderes, o ministro reforça que a atuação judicial, ao impor medidas de cunho administrativo ao Executivo, violaria o princípio da separação dos poderes. Assim, a atuação do Judiciário deve ser restrita às questões de constitucionalidade e direitos fundamentais, e não deve intervir na discricionariedade administrativa do Executivo, que é responsável por decisões de política pública e gestão dos recursos públicos.

Acerca disso, o ministro destaca que no caso específico do fornecimento de serviços de saúde, a decisão sobre a contratação de servidores públicos deve ser tomada pelo Executivo, que detém a discricionariedade para avaliar a conveniência e a oportunidade de tais medidas. Desse modo, o Judiciário não pode substituir a autoridade administrativa na análise do contexto e das necessidades locais, especialmente quando envolve decisões orçamentárias.

Acerca disso, o Ministro Herman Benjamin no REsp 1.702.195²² do Rio de Janeiro ao discutir sobre a implementação de políticas públicas para a promoção de direitos essenciais incluso no conceito de mínimo existencial, destacou que “na hipótese de demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social, sem que haja invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível” (Brasil, 2018, p. 1).

Quanto ao referencial utilizado, destaca-se que o voto cita julgados anteriores, como o RE 475.954-AgR e o RE 480.107-AgR²³, nos quais o STF reafirma que a conveniência e a oportunidade na administração pública são prerrogativas do Executivo, e que não cabe ao Judiciário invadir essa competência, a menos que haja flagrante desídia ou omissão.

Junto a isso, a construção do voto também remete ao conceito de “reserva do possível”, que implica na análise da disponibilidade financeira do Estado para implementar políticas públicas. O Min. Alexandre de Moraes reforça que, para que direitos como o direito à saúde sejam efetivamente garantidos, deve-se considerar não apenas a razoabilidade da demanda social, mas também a capacidade financeira do Estado de atender a essas demandas. A cláusula da reserva do possível é um limite importante à atuação judicial, pois não se pode exigir do Estado a implementação de direitos fundamentais sem a devida capacidade orçamentária.

Além disso, o ministro reconhece que, em situações excepcionais, o Judiciário pode intervir quando há uma omissão reiterada do Executivo em garantir direitos fundamentais. No entanto, essa intervenção deve ser “excepcional, emergencial e tópica”, assim como estar relacionada às situações de omissão ou desídia da Administração Pública (Brasil, 2023, p. 47). Quando não há falha manifesta do Executivo, o Judiciário não pode

²² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 684.612 - RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso, julgado em sessão virtual de 8 a 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2025.

²³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 27 de março de 2009.

intervir e impor sua própria política pública, especialmente se essa imposição violar a separação dos poderes.

Ademais, a coerência do voto do ministro é clara e segue uma linha argumentativa sólida, uma vez que desde a introdução até a conclusão, mantém-se uma consistência ao sustentar que a atuação judicial em questões de políticas públicas deve ser limitada. Sua análise começa com a identificação do problema jurídico, qual seja a violação do princípio da separação dos poderes, e se desenvolve com uma reflexão sobre os limites da atuação do Judiciário na Administração Pública.

O voto reforça o caráter de independência e harmonia entre os Poderes, o que justifica a não interferência judicial nas decisões discricionárias do Executivo, além disso, a visão em comento fundamenta-se na necessidade de respeitar a autonomia do Poder Executivo e a sua prerrogativa de gerir recursos e formular políticas públicas, especialmente em áreas como a saúde.

Acerca disso, o ministro também utiliza a questão orçamentária para justificar sua posição, argumentando que a imposição de medidas sem consideração das fontes de custeio violaria as normas constitucionais, que exigem o cumprimento de regras orçamentárias (art. 169 da CF). Isso reflete uma preocupação com a sustentabilidade financeira e a eficácia das decisões judiciais.

Assim, a atuação judicial, quando se trata de políticas públicas, deve ser restrita ao juízo de desídia da Administração, portanto a coerência torna-se evidente: o Judiciário pode atuar quando há omissão, mas não pode intervir nas decisões políticas do Executivo.

Por fim, o ministro fixou a tese para o Tema 698 da repercussão geral, que consagra a posição de que:

I - Não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e das regras orçamentárias legais e constitucionais, atuar em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática de ato administrativo discricionário, determinando a realização de concurso público para a contratação de servidores públicos para atuação em hospitais, bem como determinando outras medidas de cunho administrativo. II

- É legítima e válida a atuação excepcional do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas quando ficar bem evidenciada a desídia do administrador em dar cumprimentos a direitos fundamentais.

Portanto, o voto do Ministro Alexandre de Moraes denota rigor jurídico e prudência, ao buscar equilibrar os direitos fundamentais com a autonomia do Executivo e os princípios constitucionais, com uma fundamentação jurídica bem alicerçada em uma linha argumentativa coerente, clara e consistente. A decisão reafirma a importância do respeito à autonomia dos Poderes e à discricionariedade administrativa, bem como limita a atuação do Judiciário a situações excepcionais, garantindo que as políticas públicas sejam formuladas e implementadas pelo Executivo de acordo com sua conveniência e oportunidade.

3.3 Voto do MiniGro Luís Roberto Barroso

A fundamentação do voto do Min. Barroso aborda a função do Judiciário em um contexto de omissão administrativa e defende uma abordagem equilibrada para não invadir a discricionariedade do Executivo, respeitando os princípios constitucionais. Desse modo, reconhecendo-se direito à saúde como um direito fundamental, vinculado à dignidade humana e à preservação da vida, cabe ao Judiciário, portanto, intervir quando há uma omissão ou deficiência grave na implementação desse direito, mas deve fazê-lo com cautela, para não usurpar as funções do Executivo. A decisão é ancorada na proteção do “mínimo existencial”, ou seja, o conjunto de condições mínimas necessárias para assegurar os direitos fundamentais.

Com relação à atuação do Judiciário sob a baliza da separação dos poderes, o voto destaca que a intervenção judicial em políticas públicas não viola a separação dos poderes, desde que se restrinja a indicar as finalidades a serem atingidas e deixe ao Executivo a escolha dos meios para alcançar tais finalidades.

O fato é importante, pois objetiva preservar a autonomia do Executivo e evitar a judicialização excessiva de questões administrativas. Para tanto, o

voto faz referência ao modelo de colaboração público-privada como solução para problemas estruturais na administração pública. A decisão cita a ADI 1.923, que validou parcerias com organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) para a prestação de serviços públicos, essa referência reforça a ideia de que o Judiciário não deve engessar a Administração Pública ao impor formas específicas de contratação ou gestão.

Nesse sentido, a solução judicial proposta pelo ministro é estruturada e visa uma mudança sistêmica, o que é considerado mais eficaz do que medidas pontuais. Assim, o Judiciário deve exigir que a Administração Pública apresente um plano de reestruturação para corrigir os problemas, como a falta de profissionais de saúde, e esse plano deve ser acompanhado de um cronograma para garantir sua execução.

Além disso, propõe-se que, sempre que possível, o Judiciário abra o processo à participação de terceiros, por meio da admissão de *amici curiae* e audiências públicas. Esse aspecto é importante para garantir a legitimidade democrática da decisão judicial, permitindo que a sociedade civil e outras entidades envolvidas no processo de implementação de políticas públicas sejam ouvidas.

Observa-se, assim, o STF tem buscado suprir seu *déficit* democrático por meio da realização de audiências públicas e da admissão de *amici curiae*, especialmente em casos que envolvem colisão aparente de direitos fundamentais. Essa participação de terceiros no processo judicial reforça a transparência e amplia o debate sobre temas que ultrapassam o âmbito jurídico, permitindo que a sociedade civil e entidades especializadas contribuam para a construção da decisão judicial. Desse modo, os *amici curiae* configuram-se como um mecanismo relevante de participação popular, viabilizando a escuta de setores sociais frequentemente invisibilizados no cenário jurídico-social (Aguiar; Lima; Magalhães, 2024) ²⁴.

²⁴ AGUIAR, C. E. F.; LIMA, R. A.; MAGALHÃES, Á. de A. A. Amicus Curia e como Mecanismo Democratizador das Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 24, n. 48, p. 87-109, 30 abr. 2024. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitojustica/article/view/1180>. Acesso em: 29 jan. 2025.

Quanto aos referenciais adotados, observa-se que o voto interpreta e aplica os princípios constitucionais a partir da realidade apresentada no caso do Hospital Municipal Salgado Filho, adotando, assim, uma postura que privilegia a defesa dos direitos fundamentais sem desprezar os limites da atuação do Judiciário.

No mesmo sentido, o voto também se apoia nos princípios constitucionais da Administração Pública, como a eficiência, a legalidade e a moralidade administrativa, pois, ao sugerir que a Administração Pública elabore planos de reestruturação com cronogramas e que o Judiciário fiscalize o cumprimento dessas medidas, o voto reflete a importância de garantir a eficiência no uso dos recursos públicos e a prestação adequada dos serviços públicos, como a saúde.

Embora o voto não faça referência explícita a doutrinadores específicos, a fundamentação se alinha com a doutrina majoritária sobre a atuação do Judiciário em políticas públicas. A ideia de que o Judiciário deve atuar de forma cautelosa, protegendo direitos fundamentais sem invadir a esfera administrativa, é uma abordagem que dialoga com a teoria da judicialização das políticas públicas e o conceito de “justiça distributiva” (Garcia, 2019)²⁵.

Quanto à coerência argumentativa, o voto é coerente e bem estruturado, estabelecendo uma linha de raciocínio que vai da necessidade de intervenção do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais até a preservação da autonomia da Administração Pública para decidir os meios de implementação das políticas públicas. A sequência lógica do voto é clara, primeiro reconhece-se a omissão administrativa, o que autoriza o Judiciário atuar nas falhas graves do Estado na garantia dos direitos fundamentais, contudo, essa atuação não deve determinar de forma detalhada os meios para resolver o problema, mas sim a meta a ser alcançada, preservando a autonomia do executivo.

Assim, cabe ao Judiciário exigir um plano de reestruturação da administração pública, com um cronograma, pois, desse modo, a decisão

²⁵ GARCIA, F. H. F., Crise e reforma do sistema brasileiro de Justiça. IN: PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. **Federalismo e Poder Judiciário** (org.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

é baseada no princípio da razoabilidade e busca garantir que as soluções sejam viáveis e respeitem os limites do poder Judiciário. Por fim, o ministro fixou a tese para o Tema 698 da repercussão geral, que consagra a posição de que:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Portando, infere-se que o voto é uma reflexão cuidadosa sobre o papel do Judiciário na implementação de políticas públicas, especialmente no setor da saúde. A fundamentação jurídica está bem embasada em princípios constitucionais, jurisprudência relevante e uma leitura prudente da separação dos poderes. As referências adotadas, como a ADI 1.923 e os princípios da Administração Pública, são consistentes e respaldam as teses defendidas no voto. A coerência argumentativa é evidente, e o voto reflete uma abordagem equilibrada, que visa proteger os direitos fundamentais sem invadir a esfera administrativa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise aprofundada dos votos revela um equilíbrio delicado entre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, que não podem ser negligenciados, e o respeito à autonomia do Poder Executivo, o qual possui prerrogativas constitucionais para definir as políticas públicas e alocar os recursos necessários para sua implementação.

Nessa perspectiva, ambos os ministros reconhecem a relevância do direito à saúde como um direito fundamental, vinculando-o à dignidade

da pessoa humana e à preservação da vida, mas também compreendem que o Judiciário não pode se sobrepor às competências discricionárias do Executivo, salvo em situações excepcionais de flagrante desídia ou omissão.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes se destaca pela forte defesa da separação dos poderes, princípio constitucional fundamental que estrutura o Estado brasileiro. O ministro reforça que a atuação do Judiciário deve ser restrita à análise da constitucionalidade das ações do Executivo, especialmente em questões orçamentárias, e deve ser limitada ao controle de omissões graves que configurem falhas manifesta do Executivo no cumprimento de seus deveres constitucionais. Moraes enfatiza o conceito da “reserva do possível”, que delimita o que pode ser exigido do Estado em termos de recursos financeiros, e aponta para a necessidade de um controle rigoroso sobre as intervenções do Judiciário, evitando que o Judiciário substitua o Executivo na gestão de políticas públicas.

Por outro lado, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, embora também focado no respeito à separação dos poderes, adota uma postura mais flexível. O ministro reconhece que o Judiciário pode, em determinadas circunstâncias, intervir para corrigir falhas graves na implementação de políticas públicas essenciais, como a saúde, desde que essa intervenção não usurpe a função do Executivo de definir os meios para atingir as finalidades desejadas.

Assim, o ministro propõe uma abordagem colaborativa, em que o Judiciário não impõe soluções específicas, mas exige que a Administração Pública apresente um plano estruturado de reestruturação e uma agenda de execução dessas soluções, o que inclui a possibilidade de parcerias com organizações sociais ou outros mecanismos alternativos de gestão. Este voto, ao incluir a participação da sociedade civil, por meio de *amici curiae* e audiências públicas, busca garantir que a decisão judicial seja legítima e reflita as necessidades da população de forma democrática.

A análise apresentada neste estudo indica que a atuação do Judiciário em políticas públicas é, em grande parte, uma questão de equilíbrio entre a

proteção dos direitos fundamentais e o respeito à autonomia do Executivo. Ambos os ministros concordam que a intervenção judicial deve ser excepcional e restrita a casos onde a omissão do Executivo comprometa a efetivação de direitos essenciais, mas divergem quanto à forma dessa intervenção.

Destaca-se, contudo, que o Ministro Alexandre de Moraes adota uma postura mais conservadora, enquanto o Ministro Luís Roberto Barroso defende uma atuação mais proativa do Judiciário, com foco em garantir a eficiência e a regularidade das políticas públicas. A conclusão a que se chega é que, diante da complexidade das questões envolvidas, a atuação do Judiciário nas políticas públicas deve ser feita de forma cautelosa e ponderada.

O Judiciário tem um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais, mas sua intervenção não pode ser invasiva a ponto de comprometer a autonomia do Executivo. As soluções propostas pelos ministros, ainda que diferentes em alguns aspectos, os votos convergem para a necessidade de um Judiciário atento às falhas do Executivo, mas respeitoso aos limites da discricionariedade administrativa.

Em situações de omissão grave, é legítima a atuação judicial, mas ela deve se dar de forma estruturada, exigindo do Executivo planos de ação com cronogramas e objetivos claros, e buscando sempre a participação da sociedade, para que a implementação de políticas públicas seja eficiente e atenda, de fato, às necessidades da população, conforme se fixou na Tese 698, a partir do voto vencedor do Ministro Barroso.

Por fim, infere-se que este estudo contribui para a reflexão sobre o papel do Judiciário na implementação das políticas públicas no Brasil, destacando a importância de uma atuação equilibrada, que respeite a separação dos poderes, mas que, ao mesmo tempo, seja capaz de corrigir falhas do Executivo na promoção de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, C. E. F. **Os limites da democracia participativa na Constituição Federal de 1988 a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº**

244-9 do Rio de Janeiro. 2023. 170 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

AGUIAR, C. E. F.; LIMA, R. A.; MAGALHÃES, Á. de A. A. Amicus Curia e como Mecanismo Democratizador das Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 24, n. 48, p. 87-109, 30 abr. 2024. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitoejustica/article/view/1180>. Acesso em: 29 jan. 2025.

APOLINÁRIO, M. N.; COSTA, V. R. D.. Entre o “faça o que eu digo” e o “faça o que eu faço”: uma análise da coerência entre o ensinado e o decidido pelos Ministros do STF. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, n. 1, p. 201–227, jan. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/pwCry3H9LKctv6ZhGyvbGC/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1769–1811, jul. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R3z379zK3RWSR/?lang=pt>. Acesso em: 25 jan. 2025.

BERCOVICI, G. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 61, p. 5–24, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 27 de março de 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.357.910 - SP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em sessão virtual de 18 a 25 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 684.612 - RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso, julgado em sessão virtual de 8 a 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.702.195 - RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 10/04/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702136273&dt_publicacao=06/03/2019. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRUST, L. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 507–526, jul. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/3dz8C7rw8rzKxT3hfmMvk7H/>. Acesso em: 28 jan. 2025.

BUCCI, M. P. D. (Org). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, F. H. F.. Crise e reforma do sistema brasileiro de Justiça. IN: PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. **Federalismo e Poder Judiciário** (org.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

MOLINARI, D. DA R.; TURATTI, L.; CARRENO, I.. A proteção dos direitos sociais na perspectiva do desenvolvimento e das políticas públicas

igualitárias e não discriminatórias. **Interações (Campo Grande)**, v. 23, n. 1, p. 101–113, jan. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/dthNPNFGFBs348zwd5W5Z5nd/>. Acesso em: 19 jan. 2025.

MONTESQUIEU, B. de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBAS, G. P. P.; SOUZA FILHO, C. F. M. de. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 44, 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/378>. Acesso em: 29 jan. 2025.

ROUSSEAU, J.. **O Contrato Social: princípios do direito político**. Tradução de Antônio P. Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RUDOLFO, R. N. P. Diferenças entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis (SC), v. 6, n. 1, p. 117–136, 2018. DOI: 10.37497/revistacejur.v6i1.293. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/293>. Acesso em: 29 jan. 2025.

SAMPAIO, J. A. L.. Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito, 2007. In: C. P. de Souza Neto, & D. Sarmiento (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, I. W.; ZOCKUN, C. Z.. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 2, p. 115–141, maio 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/k6tMmbhVkdzFHtfrYtgjqgp/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, M. F.. Dever Fundamental De Atuação Do Estado Como Elemento Promotor Da Igualdade Substancial E Efetividade Do Sistema Constitucional: desdobramentos da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, [S. 1.], n. 31, p. 229–245, 2017. DOI: 10.12957/rfd.2017.6761. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/6761>. Acesso em: 29 jan. 2025

SILVA, M. R. da; COSTA, S. H. da. Tema de repercussão geral 698: processo estrutural e estratégias adotadas. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 1, p. 337–368, 2024. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/338>. Acesso em: 29 jan. 2025.

A Influência da MutaçãO ConGituCional nas Relações Contratuais do Direito Civil Brasileiro: uma Análise sob a Perspectiva da Boa-Fé Objetiva

Daniele Sousa Bessa¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro: conceito e fundamentos. 1.1 Características e limites da mutação constitucional. 3. A relação entre princípios constitucionais e o direito civil. 3.1. Princípios constitucionais da boa-fé objetiva e solidariedade social e sua influência nas relações privadas. 4. Os reflexos da mutação constitucional nas relações contratuais. 5. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

As transformações do ordenamento jurídico brasileiro refletem o movimento de evolução contínua das relações sociais, econômicas e culturais, o que demanda adaptações nas normas e interpretações aplicadas pelo Direito. Nesse contexto, destaca-se a mutação constitucional, fenômeno que consiste na reinterpretação de dispositivos constitucionais sem alterações em seu texto formal, mas com mudanças significativas em seu sentido e alcance. Essa dinâmica, essencial para a vivacidade da Constituição, desempenha papel fundamental na aproximação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, promovendo a concretização de valores constitucionais como

¹ Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito Administrativo e Econômico. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC. link lattes <http://lattes.cnpq.br/5426594033652941> Link de orcid: <https://orcid.org/0009-0002-7665-277X> E-mail: daniele_bessa@hotmail.com

dignidade da pessoa humana e solidariedade social nas relações contratuais (Bulos, 1996; Rostelato, 2016)².

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais surge, nesse panorama, como uma extensão dos preceitos constitucionais no âmbito privado. Tradicionalmente associado ao cumprimento ético e leal das obrigações contratuais, esse princípio ganhou novos contornos a partir das influências constitucionais, que o transformaram em um mecanismo indispensável para assegurar o equilíbrio, a transparência e a equidade nas relações entre as partes. A mutação constitucional, ao reinterpretar princípios como a dignidade da pessoa humana, confere à boa-fé objetiva um papel de destaque na execução e interpretação dos contratos, consolidando uma perspectiva mais humanista e funcionalista no Direito Civil (Furlan; Espolador; Molinari, 2009)³.

A relevância deste estudo reside na necessidade de compreender as implicações práticas e teóricas dessa interação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil. As relações contratuais, base das trocas econômicas e sociais, são diretamente impactadas por essa releitura, o que torna essencial uma análise aprofundada sobre os efeitos da mutação constitucional na aplicação da boa-fé objetiva. Justifica-se, assim, a investigação do tema para evidenciar como os princípios constitucionais podem influenciar a dinâmica contratual, promovendo maior proteção aos direitos e deveres das partes e contribuindo para a evolução do ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar como a mutação constitucional influencia a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais do Direito Civil brasileiro, considerando os impactos dessa interpretação nos direitos e deveres das partes. Para isso, são delineados três objetivos

² BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>. Acesso em: 16 nov. 2024.

³ FURLAN, Alessandra Cristina; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; MOLINARI, Simone de Paula. A Boa-fé no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, v. 10, n. 1, 2009. Disponível em: <https://revistajuridicas.pgsscogna.com.br/juridicas/article/view/986> Acesso em: 20 de nov. 2024.

específicos, que estruturam a presente análise: examinar o conceito de mutação constitucional, suas características e limites no ordenamento jurídico brasileiro; discutir a relação entre os princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, e o Direito Civil, com foco na boa-fé objetiva; e avaliar, com base na evolução das legislações e precedentes judiciais, os reflexos da mutação constitucional na interpretação e execução dos contratos civis no Brasil.

Metodologicamente, esta pesquisa adota uma abordagem qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e análise legislativa. A revisão bibliográfica permite explorar os conceitos e teorias que sustentam a mutação constitucional e a boa-fé objetiva, enquanto a análise legislativa e jurisprudencial possibilita investigar como esses fenômenos se manifestam na prática do Direito Civil brasileiro. Essa metodologia visa assegurar uma compreensão ampla e sistemática do tema, possibilitando uma abordagem crítica e fundamentada.

Espera-se que esta pesquisa contribua para o avanço da compreensão sobre a interconexão entre Direito Constitucional e Direito Civil, evidenciando como os princípios constitucionais podem ser operacionalizados nas relações contratuais por meio da boa-fé objetiva. Além disso, busca-se oferecer subsídios teóricos e práticos para o aprimoramento da interpretação jurídica, fortalecendo a proteção dos direitos das partes contratantes e promovendo maior justiça e equilíbrio nas relações contratuais.

2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO E FUNDAMENTOS

A mutação constitucional constitui um fenômeno jurídico que se manifesta por meio da evolução interpretativa do texto constitucional, sem que sua literalidade seja alterada. Diferentemente do processo formal de emenda, regulado por normas rígidas e delineado pelos artigos 59 e 60 da Constituição Federal de 1988, a mutação ocorre exclusivamente no campo da hermenêutica. Esse mecanismo decorre da necessidade de adequação do ordenamento jurídico às transformações sociais, políticas e econômicas,

permitindo que a Constituição permaneça viva e funcional, sem comprometer sua estabilidade normativa (Streck; Lima, Oliveira, 2007)⁴.

No Brasil, a mutação constitucional é viabilizada pela flexibilidade interpretativa inerente à Carta Magna, cujos dispositivos possuem ampla abstração e generalidade. Tal característica possibilita ao intérprete promover atualizações sem desrespeitar o texto positivado, preservando, assim, a supremacia da Constituição. Nesse contexto, os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia, desempenham papel central, uma vez que orientam a concretização de valores fundamentais no exercício hermenêutico (Gallo, 2006)⁵.

Os fundamentos que legitimam a mutação constitucional residem na concepção de que a Constituição deve ser compreendida como um instrumento dinâmico, apto a acompanhar as demandas de uma sociedade em constante transformação. A ideia de Constituição dirigente, conforme defendida por José Joaquim Gomes Canotilho, confere ao texto constitucional a função de projetar e direcionar os objetivos políticos e sociais do Estado, exigindo, em determinados momentos, a reinterpretção de suas normas à luz de novos paradigmas. Essa prática é particularmente relevante em sociedades democráticas, onde os direitos fundamentais ocupam posição central e demandam efetivação contínua e progressiva (Gallo, 2006)⁶.

O fenômeno em questão não implica, todavia, liberdade irrestrita ao intérprete. Pelo contrário, a mutação constitucional deve ser conduzida dentro de limites bem delineados, sob pena de comprometer a segurança jurídica e a separação de poderes. Nesse sentido, cabe ao intérprete respeitar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e congruência, assegurando que as

⁴ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Argumenta Journal Law*, p. 45-68, 2007. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/735>. Acesso em: 05 dez. 2024.

⁵ GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano, v. 8, 2006. Disponível: https://jus.com.br/artigos/3841/mutacao-constitucional#google_vignette. Acesso em: 20 de nov. 2024.

⁶ GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano, v. 8, 2006. Disponível: https://jus.com.br/artigos/3841/mutacao-constitucional#google_vignette. Acesso em: 20 de nov. 2024.

novas interpretações estejam em consonância com os valores estruturantes da ordem constitucional (Clève; Lorenzetto, 2015⁷).

Desta feita, a mutação constitucional representa um instrumento jurídico indispensável para a preservação da relevância normativa da Constituição diante das inovações e desafios contemporâneos. Ao articular flexibilidade interpretativa e estabilidade normativa, esse processo assegura a compatibilidade do texto constitucional com as demandas emergentes, sem descuidar dos valores fundamentais que estruturam a ordem jurídica.

2.1 Características e Limites da Mutação Constitucional

A mutação constitucional distingue-se por ser um mecanismo de transformação interpretativa das normas constitucionais, que não altera a literalidade do texto, mas redefine seus sentidos e alcances. Essa característica a coloca como um elemento fundamental para a constante adaptação da Constituição às novas exigências sociais, políticas, econômicas e culturais. Para compreender esse fenômeno em sua complexidade, é indispensável analisar suas características intrínsecas e os limites que garantem a preservação da estabilidade e da legitimidade do ordenamento jurídico (Streck; Lima, Oliveira, 2007)⁸.

Uma das principais características da mutação constitucional é sua ocorrência no âmbito hermenêutico. Trata-se de um fenômeno que se materializa por meio da interpretação conferida ao texto constitucional pelos aplicadores do direito, especialmente pelo Poder Judiciário, em conformidade com as demandas concretas da sociedade. Diferentemente das emendas constitucionais, a mutação não resulta de um processo legislativo formal, mas

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 2, p. 136-146, 2015. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04> Acesso em: 20 nov. 2024.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Argumenta Journal Law**, p. 45-68, 2007. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/735> . Acesso em: 05 dez. 2024.

de uma atividade interpretativa que busca dar eficácia prática aos princípios e normas constitucionais em um contexto dinâmico (Rostelato, 2016)⁹.

Outro aspecto relevante refere-se à sua natureza informal. A ausência de alteração textual permite que o texto permaneça inalterado em sua estrutura, enquanto os significados evoluem. Essa plasticidade interpretativa é essencial para a sobrevivência de constituições rígidas em contextos de mudança social. Contudo, essa adaptabilidade não significa arbitrariedade, devendo respeitar parâmetros jurídicos e evitar rupturas com os valores essenciais do Estado Democrático de Direito (Ávila; Rios, 2016)¹⁰.

Em relação aos limites, a mutação constitucional está circunscrita a balizas que asseguram a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais e a preservação do equilíbrio entre os poderes. Primeiramente, deve ser conduzida de maneira congruente com os valores e princípios estruturantes da Constituição, como os da dignidade humana, da igualdade e da solidariedade. Qualquer interpretação que contrarie tais fundamentos estaria em desacordo com a essência do texto constitucional (Moreira; Caggiano, 2013)¹¹.

Ademais, a mutação não pode ser utilizada como meio para subverter competências constitucionalmente atribuídas aos poderes legislativo, executivo e judiciário. Isso significa que a função de alterar formalmente o texto constitucional, prevista no artigo 60 da Constituição Federal, permanece restrita ao processo de emenda constitucional, enquanto a mutação apenas ajusta a interpretação do texto vigente (Valle Simeão; Oliveira; Regis, 2020)¹².

⁹ ROSTELATO, Telma Aparecida. Discursando sobre o direito à imagem: uma autêntica incidência de mutação constitucional. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), v. 4, n. 1, p. 239-277, 2016. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/143>. Acesso em: 22 nov. 2024.

¹⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 1, p. 21-47, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/17987>. Acesso em: 13 nov. 2024. v. 7, n. 1, p. 21-47, 2016.

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 43, p. 35-57, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/351475332_O_poder_normativo_das_agencias_reguladoras_na_jurisprudencia_do_STF. Acesso em: 21 nov. 2024.

¹² VALLE SIMEÃO, Álvaro Osório; OLIVEIRA, Ludimilla Esteves; REGIS, Eduardo Jhonny Lustosa. A interpretação constitucional e seus reflexos na mutação constitucional. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 11, n. 41, p. 108-125, 2020. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/251>. Acesso em: 05 dez. 2024.

Outro limite relevante diz respeito à razoabilidade e proporcionalidade das interpretações. Tais princípios atuam como salvaguardas contra interpretações excessivas ou que distorçam o significado das normas de forma desarrazoada. Além disso, a mutação constitucional deve estar fundamentada em razões objetivas e transparentes, evitando decisões que resultem em insegurança jurídica ou em ativismo judicial desmedido (Valle Simeão; Oliveira; Regis, 2020).

Portanto, a mutação constitucional é um instrumento interpretativo indispensável para a adaptação da Constituição às transformações da sociedade, mas seu uso deve ser orientado por critérios rígidos que assegurem estabilidade, coerência e respeito aos valores fundamentais do ordenamento jurídico. Dessa forma, preserva-se a função normativa da Constituição e a legitimidade de suas interpretações no cenário jurídico e social.

3 A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO CIVIL

A relação entre os princípios constitucionais e o Direito Civil configura uma das manifestações mais evidentes do fenômeno da constitucionalização do Direito, marcando uma transformação paradigmática na forma como se interpretam e aplicam as normas que regem as relações privadas. Esse processo implica a incorporação de valores fundamentais previstos na Constituição ao sistema civilista, conferindo-lhe uma dimensão axiológica e teleológica que ultrapassa a mera análise formal dos dispositivos normativos (Lôbo¹³, 1999).

Os princípios constitucionais, especialmente aqueles que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a solidariedade e a liberdade, exercem influência direta na conformação e na interpretação das normas de Direito Civil. Essa interação reflete a unidade do sistema jurídico e revela que as normas civis não podem ser compreendidas de maneira isolada, mas, ao contrário, devem

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453> . Acesso em: 21 nov. 2024.

ser interpretadas em consonância com os valores constitucionais (Streck; Lima, Oliveira, 2007).

A dignidade da pessoa humana, por exemplo, emerge como um eixo central na regulação das relações privadas, atribuindo-lhes um caráter ético e social. Esse princípio, alçado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, orienta a aplicação de institutos civis como o contrato, a propriedade e a responsabilidade civil, garantindo que sua interpretação promova a valorização do indivíduo e a proteção de seus direitos essenciais (Lôbo, 1999).

Outro aspecto relevante dessa relação é a função integradora dos princípios constitucionais, que se manifesta na harmonização entre os direitos individuais e os interesses coletivos. O princípio da solidariedade, nesse contexto, impõe limites ao exercício de direitos subjetivos, especialmente quando esses podem comprometer o bem-estar social ou violar interesses coletivos. Essa diretriz encontra aplicação em situações que envolvem conflitos entre particulares, como nas relações de consumo e no exercício do direito de propriedade, impondo-lhes restrições para a preservação de valores coletivos (Tepedino, 2007)¹⁴.

Além disso, os princípios constitucionais exercem impacto significativo sobre a reconfiguração dos institutos tradicionais do Direito Civil, conferindo-lhes novos significados e finalidades. No campo contratual, por exemplo, o princípio da boa-fé objetiva, fortemente influenciado pelos valores constitucionais, estabelece padrões de comportamento ético entre as partes, impondo deveres anexos como lealdade, cooperação e transparência. Esse princípio transforma o contrato de um instrumento puramente individualista em um meio de concretização de justiça nas relações privadas (Tepedino, 2007)¹⁵.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Temas de direito civil**, v. 3, p. 03-19, 2007. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento> . Acesso em: 05 des. 2024.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 29, 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295> . Acesso em: 21 nov. 2024.

A constitucionalização do Direito Civil também promove uma reinterpretação das normas que regulam a responsabilidade civil, atribuindo maior relevância aos danos imateriais e às relações extrapatrimoniais. A proteção à imagem, à privacidade e à integridade psicológica, entre outros aspectos, é fundamentada nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, demonstrando o impacto dos valores constitucionais na evolução do sistema civilista (Lôbo, 1999).

Portanto, a relação entre os princípios constitucionais e o Direito Civil não apenas reforça a unidade do sistema jurídico, mas também contribui para a concretização dos valores essenciais da ordem constitucional nas relações privadas. Essa interação promove a humanização das normas civis, conferindo-lhes um sentido que transcende a formalidade normativa, ao passo que assegura a efetividade dos direitos fundamentais no âmbito das relações interindividuais.

3.1 Princípios Constitucionais da Boa-Fé Objetiva e Solidariedade Social e sua Influência nas Relações Privadas

Os princípios constitucionais da boa-fé objetiva e da solidariedade social desempenham papel estruturante na conformação das relações privadas, consolidando-se como vetores interpretativos que promovem a justiça e a equidade nas interações jurídicas. Esses princípios, além de integrarem o ordenamento jurídico de maneira transversal, assumem relevância no âmbito das relações interindividuais, conferindo-lhes um conteúdo ético e direcionado à realização de valores fundamentais (Tepedino, 2007)¹⁶.

O princípio da boa-fé objetiva, consagrado no Código Civil brasileiro e reforçado pela ordem constitucional, transcende o âmbito das intenções subjetivas das partes, sendo empregado como norma de conduta

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453> . Acesso em: 21 nov. 2024. AZEVEDO, Antonio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo v. 87, p. 79-90, 1992., Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168> . Acesso em: 13 de nov.

que impõe padrões de comportamento leal, cooperativo e transparente. Esse princípio opera como mecanismo regulador de condutas, garantindo que os sujeitos de uma relação jurídica observem deveres anexos, como a lealdade, a informação e a confiança recíproca. Assim, a boa-fé objetiva não se limita à interpretação contratual, mas se expande para abarcar as diversas manifestações de responsabilidade civil e outros campos do Direito Privado (Lôbo, 1999; Azevedo, 1992).

Por sua vez, o princípio da solidariedade social, igualmente ancorado na Constituição, reflete o compromisso coletivo com a construção de uma sociedade pautada pela cooperação e pela justiça distributiva. Esse princípio, além de informar a legislação e as políticas públicas, irradia efeitos sobre o Direito Civil, impondo limites ao exercício de direitos individuais sempre que estes colidirem com interesses coletivos ou comprometerem o bem-estar social. A solidariedade social promove uma releitura dos institutos tradicionais do Direito Privado, enfatizando o dever de consideração pelos direitos e necessidades alheias nas relações jurídicas (Lôbo, 1999).

A solidariedade social, como princípio constitucional, desempenha um papel crucial na transformação das relações jurídicas e na formulação de políticas públicas que promovam o equilíbrio entre interesses individuais e coletivos. No âmbito do Direito Civil, esse princípio atua como um vetor interpretativo que desafia a visão clássica e individualista, priorizando valores como a dignidade da pessoa humana e a função social dos contratos e da propriedade. Assim, institutos como o abuso de direito e a boa-fé objetiva são revisitados sob uma perspectiva mais social, promovendo a justiça nas relações privadas.

Além disso, o princípio da solidariedade social reflete uma postura ativa do Estado e da sociedade na superação das desigualdades e na promoção de condições dignas de existência. Por meio da solidariedade, torna-se possível vincular o exercício de liberdades e direitos ao respeito pelos deveres de assistência mútua e cooperação. Essa lógica é evidente em áreas como o Direito de Família, onde o dever de alimentos e a guarda

compartilhada são expressões diretas da necessidade de atender não apenas aos interesses individuais, mas também à proteção integral de vulneráveis, como crianças e idosos.

No contexto brasileiro, a solidariedade social assume especial relevância devido às profundas desigualdades econômicas e sociais que permeiam o país. Políticas públicas como a concessão de benefícios assistenciais, programas de habitação popular e o acesso universal à saúde ilustram como o princípio se materializa em medidas concretas de redução das desigualdades. No entanto, é igualmente importante destacar que sua implementação exige uma articulação constante entre os Poderes do Estado e uma postura ética e comprometida da sociedade civil.

Por fim, a solidariedade social deve ser compreendida como um elemento dinâmico, que não apenas orienta a atuação do Estado, mas também impõe responsabilidades aos indivíduos e às empresas. No âmbito empresarial, por exemplo, verifica-se um movimento crescente de adoção de práticas de responsabilidade social e ambiental, alinhadas ao princípio da solidariedade. Nesse sentido, o exercício de atividades econômicas precisa estar atrelado ao respeito pelo meio ambiente e pelos direitos humanos, configurando um modelo de desenvolvimento sustentável e inclusivo, em consonância com os valores constitucionais.

No campo contratual, os dois princípios confluem para estabelecer balizas éticas e funcionais que orientam a celebração, execução e interpretação dos pactos. A boa-fé objetiva, ao exigir transparência e respeito às expectativas legítimas, complementa a solidariedade social na mitigação de práticas abusivas e no fortalecimento da confiança entre as partes. Esse alinhamento normativo evidencia a necessidade de subordinar os contratos aos valores constitucionais, conferindo-lhes função social e capacidade de promover a justiça nas relações privadas (Lôbo, 1999).

Ambos os princípios encontram aplicação destacada nas relações de consumo, onde a vulnerabilidade do consumidor exige um maior grau de proteção. Nesse cenário, a boa-fé objetiva e a solidariedade social atuam

conjuntamente para equilibrar as desigualdades inerentes às relações de consumo, assegurando transparência nas práticas comerciais, lealdade na oferta de produtos e serviços, além de uma atuação mais proativa do fornecedor em relação aos direitos dos consumidores.

4 OS REFLEXOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A mutação constitucional, ao introduzir novas interpretações e adaptar os preceitos normativos às transformações sociais, políticas e econômicas, exerce influência significativa sobre as relações contratuais no Direito Civil brasileiro. Esse fenômeno, que se caracteriza pela modificação no sentido e alcance das normas constitucionais sem alteração formal no texto, projeta seus efeitos sobre o ordenamento jurídico, promovendo uma constante atualização da aplicação dos princípios constitucionais, especialmente no âmbito das relações privadas (Perlingieri, 2019)¹⁷.

A mutação constitucional, como fenômeno jurídico dinâmico, reflete a capacidade de adaptação da Constituição às novas demandas e desafios da sociedade, promovendo uma interpretação mais contextualizada e atualizada das normas. No Direito Civil, essa mutação assume especial relevância ao reorientar o conteúdo de princípios como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana. Com isso, as relações contratuais deixam de ser vistas apenas sob o prisma individualista e ganham uma perspectiva coletiva, alinhada aos valores constitucionais e à justiça social.

Essa transformação afeta diretamente a compreensão da autonomia privada, um dos pilares do Direito Civil. A mutação constitucional não elimina a liberdade contratual, mas impõe limites quando o exercício dessa liberdade contraria princípios constitucionais ou gera consequências que comprometam o bem-estar coletivo. Assim, contratos que perpetuem desigualdades ou que sejam firmados em condições abusivas podem ser

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Civilística*. com, v. 8, n. 1, p. 1-9, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/407> Acesso em: 21 nov. 2024.

reinterpretados ou mesmo declarados nulos, com base em uma leitura constitucional mais protetiva e solidária.

Um exemplo prático da influência da mutação constitucional no Direito Civil é a redefinição da função social dos contratos. Essa cláusula, originalmente concebida para equilibrar interesses entre as partes contratantes, ganha nova dimensão ao ser interpretada sob a ótica de princípios como solidariedade e justiça social. Contratos que impactam terceiros ou a coletividade, como aqueles relacionados a bens essenciais ou serviços públicos, passam a ser analisados sob critérios mais rigorosos, com foco na proteção dos direitos fundamentais.

Outro ponto de impacto da mutação constitucional no Direito Civil está na proteção dos vulneráveis. O reconhecimento da vulnerabilidade como um elemento central das relações contratuais resulta de uma releitura constitucional que prioriza a igualdade substancial e o combate às assimetrias de poder. Nesse sentido, as normas do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, são aplicadas com maior amplitude, fortalecendo mecanismos de controle contra abusos e garantindo condições mais justas para os consumidores.

A mutação constitucional também promove uma interação mais intensa entre o Direito Civil e outros ramos do Direito, como o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho. Contratos que envolvam impacto ambiental ou relações trabalhistas passam a ser interpretados com base em uma perspectiva constitucional integrada, considerando valores como sustentabilidade, proteção ao trabalhador e preservação do meio ambiente. Essa abordagem multidimensional reforça a unidade do ordenamento jurídico e assegura maior efetividade aos direitos fundamentais.

Além disso, a mutação constitucional influencia a evolução das cláusulas gerais do Direito Civil, como boa-fé e equidade. Esses conceitos, que já possuíam natureza aberta e adaptável, tornam-se ainda mais relevantes na busca por soluções jurídicas que atendam às transformações sociais. A boa-fé, por exemplo, é frequentemente reinterpretada para abranger

comportamentos éticos e transparentes, tanto na fase de negociação quanto na execução dos contratos, fortalecendo a confiança nas relações jurídicas.

Um exemplo emblemático de como a mutação constitucional afeta o Direito Civil é a interpretação das normas sobre contratos habitacionais e de locação de imóveis. Esses contratos, essenciais para garantir o direito à moradia, são analisados sob uma perspectiva constitucional que prioriza a dignidade da pessoa humana e a proteção dos vulneráveis. Em tempos de crises econômicas ou sociais, como durante a pandemia de COVID-19, a mutação constitucional justificou a adoção de medidas como suspensão de despejos ou renegociação de dívidas.

Outro campo em que a mutação constitucional exerce influência significativa é o das relações familiares e sucessórias. Princípios como a igualdade entre os cônjuges e a proteção integral das crianças e adolescentes, previstos na Constituição, têm sido reinterpretados para adaptar institutos do Direito Civil às novas configurações familiares. A mutação constitucional garante que os contratos e acordos familiares respeitem os valores fundamentais, promovendo justiça e equilíbrio nas relações.

Ademais, a mutação constitucional também contribui para a modernização das relações jurídicas frente às inovações tecnológicas. Contratos eletrônicos, negociações por meio de plataformas digitais e questões relacionadas à proteção de dados são analisados à luz de princípios constitucionais como privacidade e segurança. Essa adaptação normativa reflete o compromisso do ordenamento jurídico com a promoção de direitos em um contexto de avanços tecnológicos acelerados.

Por fim, a mutação constitucional reforça a ideia de que o Direito Civil não está alheio às mudanças sociais, políticas e econômicas. Ao contrário, é constantemente impactado por uma leitura constitucional que busca harmonizar os valores fundamentais com as necessidades contemporâneas. Assim, as relações contratuais tornam-se instrumentos não apenas de regulação econômica, mas também de promoção de justiça social e de fortalecimento dos direitos fundamentais no Brasil contemporâneo.

No campo contratual, a mutação constitucional revela-se especialmente relevante ao redimensionar a função social dos contratos e ao reafirmar a preeminência de valores como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a boa-fé objetiva. Essas diretrizes constitucionais, reinterpretadas à luz das mudanças históricas e culturais, têm redefinido os limites da autonomia privada, vinculando os contratantes ao cumprimento de deveres éticos que transcendem os interesses exclusivamente individuais (Duque; Pedra, 2013).¹⁸

O impacto da mutação constitucional sobre os contratos reflete-se, em primeiro lugar, na consagração do princípio da função social, que assegura a compatibilidade entre os interesses privados e os objetivos coletivos. Essa normatividade, ressignificada pelas novas exigências do contexto social, impõe que os contratos não sejam instrumentos de exploração, mas meios de harmonização de interesses, resguardando os direitos das partes envolvidas e promovendo o bem-estar geral (Gonçalves, 2010).¹⁹

Por fim, os reflexos da mutação constitucional também podem ser observados na evolução legislativa e jurisprudencial que incorpora tais interpretações. Leis e decisões judiciais refletem essa dinâmica ao consolidar a aplicabilidade dos princípios constitucionais no âmbito dos contratos, reconhecendo a interdependência entre as esferas pública e privada no alcance da justiça social e da segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais desta pesquisa sintetizam os principais aspectos abordados, oferecendo uma visão ampla e integrada sobre a influência da mutação constitucional nas relações contratuais do Direito Civil brasileiro, com foco na aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Inicialmente, analisou-se a mutação constitucional como um fenômeno jurídico dinâmico,

¹⁸ DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.1, p. 147-161, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronica.rfd.unibrazil.com.br/index.php/rfd/article/view/345>. Acesso em: 20 nov. 2024.

¹⁹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. *Revista Direito e Liberdade*, v. 1, n. 1, p. 409-444, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4476>. Acesso em: 21 de nov. 2024.

que permite a reinterpretação dos preceitos constitucionais sem alterar formalmente o texto da Constituição, garantindo sua adaptabilidade às transformações sociais, econômicas e culturais. Esse instrumento assegura que os valores constitucionais permaneçam efetivos, resguardando a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

Destacaram-se as características e os limites da mutação constitucional, ressaltando a necessidade de que suas interpretações respeitem os princípios estruturantes do texto constitucional e não excedam os limites da razoabilidade e proporcionalidade. Observou-se que a mutação deve ser orientada por parâmetros claros, de modo a evitar interpretações arbitrárias e a preservar a segurança jurídica.

Quanto à relação entre os princípios constitucionais e o Direito Civil, verificou-se que a Constituição exerce uma função normativamente integradora, orientando a interpretação das normas civis. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da boa-fé objetiva são elementos essenciais na harmonização das relações privadas com os valores constitucionais, assegurando maior justiça e equilíbrio.

A relação entre os princípios constitucionais e o Direito Civil revela uma transformação no paradigma jurídico, em que os valores fundamentais da Constituição passam a orientar não apenas a elaboração, mas também a aplicação e a interpretação das normas civis. Essa integração normativo-constitucional assegura que as relações privadas sejam analisadas e estruturadas à luz de princípios como a dignidade da pessoa humana, promovendo um equilíbrio entre as liberdades individuais e as exigências de justiça social. O Direito Civil, dessa forma, deixa de ser uma esfera puramente autônoma e passa a desempenhar um papel estratégico na concretização dos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, é central nesse processo de harmonização. Ele exige que todas as relações privadas sejam conduzidas de maneira a respeitar e promover a valorização da pessoa enquanto sujeito de direitos. Esse princípio impacta diretamente institutos tradicionais do Direito Civil, como os contratos e a propriedade, exigindo que seu exercício se conforme a

padrões de justiça e igualdade. Por exemplo, contratos que impõem condições desumanas ou desproporcionais podem ser invalidados ou ajustados com base nesse valor constitucional.

Outro princípio de relevância na integração entre Direito Constitucional e Civil é a boa-fé objetiva. Mais do que uma simples regra de conduta, a boa-fé objetiva funciona como um padrão ético que permeia todas as etapas das relações jurídicas privadas, desde a formação dos contratos até sua execução e eventual extinção. Sob a perspectiva constitucional, esse princípio ganha maior densidade, exigindo das partes um comportamento cooperativo e transparente, em consonância com os valores de confiança e lealdade que sustentam as relações interpessoais.

A solidariedade social, por sua vez, reforça a função social das relações privadas, exigindo que o exercício de direitos individuais não comprometa o bem-estar coletivo. Esse princípio é particularmente relevante em contextos que envolvem vulnerabilidade ou desigualdade, como nas relações de consumo, nas locações habitacionais e no direito de família. Ao irradiar seus efeitos sobre o Direito Civil, a solidariedade social redefine as bases das relações jurídicas, introduzindo uma perspectiva comunitária e inclusiva na interpretação das normas.

Por fim, a integração entre os princípios constitucionais e o Direito Civil evidencia o caráter unitário do ordenamento jurídico brasileiro. Essa articulação permite que os valores constitucionais sejam efetivamente concretizados em todas as esferas do direito, promovendo uma coerência normativa que fortalece a proteção aos direitos fundamentais. Assim, as relações privadas deixam de ser vistas apenas como instrumentos de regulação de interesses individuais e passam a desempenhar um papel significativo na construção de uma sociedade mais justa, solidária e democrática.

Ao analisar a boa-fé objetiva e a solidariedade social, evidenciou-se sua relevância como vetores de eticidade nas relações contratuais. Esses princípios promovem a confiança mútua entre os contratantes e demandam condutas pautadas pela cooperação, transparência e lealdade, reforçando o papel do

contrato como instrumento de realização dos valores constitucionais. Por fim, os reflexos da mutação constitucional nas relações contratuais foram destacados, sobretudo no fortalecimento da função social dos contratos e na ampliação da proteção das partes vulneráveis. Verificou-se que a mutação constitucional contribui para a construção de um Direito Civil mais humanizado, no qual os interesses individuais são harmonizados com os valores coletivos, promovendo a justiça social e a equidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 1, p. 21-47, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/17987> Acesso em: 13 nov. 2024. v. 7, n. 1, p. 21-47, 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo v. 87, p. 79-90, 1992., Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168> . Acesso: 13 nov. 2024.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>. Acesso em: 16 nov. 2024.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais**, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 7, n. 2, p. 136-146, 2015. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04> Acesso em: 20 nov. 2024.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.1, p. 147-161, 2013. Disponível em: <https://>

revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345 .
Acesso em: 20 nov. 2024.

FURLAN, Alessandra Cristina; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti
Tarifa; MOLINARI, Simone de Paula. A Boa-fé no Código Civil e no Código
de Defesa do Consumidor. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**,
v. 10, n. 1, 2009. Disponível em: [https://revistajuridicas.pgsscogna.com.
br/juridicas/article/view/986](https://revistajuridicas.pgsscogna.com.br/juridicas/article/view/986) Acesso em: 20 nov. 2024.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. **Jus Navigandi**,
Teresina, ano, v. 8, 2006. Disponível: [https://jus.com.br/artigos/3841/
mutacao-constitucional#google_vignette](https://jus.com.br/artigos/3841/mutacao-constitucional#google_vignette) . Acesso em: 20 nov. 2024.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua
validade no âmbito das relações privadas. **Revista Direito e Liberdade**, v.
1, n. 1, p. 409-444, 2010. Disponível em: [https://periodicos.ufpb.br/index.
php/primafacie/article/view/4476](https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4476) . Acesso em: 21 nov. 2024.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de
informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível em: [https://
www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453](https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453) . Acesso em: 21 nov. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus
efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**,
n. 29, 2006. Disponível em: [https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/
revistades/article/view/295](https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295) . Acesso em: 21 nov. 2024.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder
normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação
constitucional do princípio da legalidade. **Revista de Direito Público da
Economia**, v. 43, p. 35-57, 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.
net/publication/351475332_O_poder_normativo_das_agencias_
reguladoras_na_jurisprudencia_do_STF](https://www.researchgate.net/publication/351475332_O_poder_normativo_das_agencias_reguladoras_na_jurisprudencia_do_STF) . Acesso em: 21 nov. 2024.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica**. com, v. 8, n. 1, p. 1-9, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/407> Acesso em: 21 nov. 2024.

ROSTELATO, Telma Aparecida. Discursando sobre o direito à imagem: uma autêntica incidência de mutação constitucional. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), v. 4, n. 1, p. 239-277, 2016. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/143> . Acesso em : 22 nov. 2024.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Argumenta Journal Law**, p. 45-68, 2007. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/735> . Acesso em: 05 dez. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Temas de direito civil**, v. 3, p. 03-19, 2007. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento> . Acesso em: 05 dez. 2024.

VALLE SIMEÃO, Álvaro Osório; OLIVEIRA, Ludimilla Esteves; REGIS, Eduardo Jhonny Lustosa. A interpretação constitucional e seus reflexos na mutação constitucional. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 11, n. 41, p. 108-125, 2020. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/251> . Acesso em: 05 dez. 2024.

Inteligência Artificial e Devido Processo Legal Tecnológico

Éric da Rocha de Menezes¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Inteligência artificial nos tribunais brasileiros. 3. Devido processo legal tecnológico. 4. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O devido processo legal é tratado como princípio fundamental, tanto no âmbito civil quanto no penal, sendo um verdadeiro sustentáculo dos demais princípios que permeiam o direito processual. Decorrem do princípio do devido processo legal os princípios da isonomia, do juiz e do promotor natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais (Nery Júnior, 2002)².

Nas lições de José Afonso da Silva (Silva, 2004)³, combinado com o acesso à Justiça, o contraditório e a plenitude de defesa, o direito ao devido processo legal encerra o ciclo das garantias processuais. Segundo o autor, quando se refere a devido processo legal, significa que serão utilizados os instrumentos processuais adequados para a prestação jurisdicional, de modo que cada um receba o que é seu, conforme a ordem jurídica vigente.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Ceará – UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9026842403917247>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-0681-6339> e-mail: ericdarocha.em@gmail.com.

² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/200. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

A proteção do trinômio vida-liberdade-propriedade é que caracteriza o devido processo legal, considerado como norma-mãe que deve se estender no âmbito legislativo, judicial, administrativo e até negocial (Didier, 2007)⁴. Desse modo, tudo o que envolva esse trinômio deve observar o devido processo legal. Essa ampla interpretação do que seria o devido processo legal ainda permite sua divisão em duas formas, o devido processo legal em sentido material e o devido processo legal em sentido processual (Nery Júnior, 2002)⁵.

No início, o devido processo legal era aplicado apenas no âmbito penal, um princípio conectado ao direito processual, sem aplicações práticas ao direito material. Em nome dos direitos dos cidadãos, porém, doutrina e jurisprudência foram responsáveis por interpretações que alargavam a incidência do princípio. Exemplos desse fenômeno são as proibições de leis penais com efeitos retroativos, o princípio da legalidade no direito administrativo e a autonomia da vontade no direito privado, todos decorrentes do trinômio vida-liberdade-propriedade (Nery Júnior, 2002)⁶.

Nesse sentido, para além do direito processual propriamente dito, as normas de direito material também estão sujeitas ao devido processo legal, que em razão da proteção dos direitos dos cidadãos em maior grau possível, merece a amplitude interpretativa que resulta no devido processo substantivo.

No sentido processual, dentre outros direitos, o devido processo legal deve garantir, especificamente no processo penal, o direito ao conhecimento do processo, a um julgamento rápido e público, o direito ao contraditório, o direito de não ser processado, julgado ou condenado por lei posterior ao fato. Quanto ao processo civil, citam-se a igualdade das partes e o direito de ação, o direito de defesa e o contraditório (Nery Júnior, 2002)⁷.

Portanto, o devido processo legal, no sentido processual, pode ser compreendido como a garantia de acesso à Justiça ao jurisdicionado, que

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, volume 1, Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

⁵ NERY JÚNIOR, *op. cit.*

⁶ NERY JÚNIOR, *Ibid.*

⁷ NERY JÚNIOR, *Ibid.*

poderá deduzir sua pretensão e defender-se, por meio de um processo público e de um julgamento rápido, mas permitindo a maior abrangência probatória possível, tudo isso por meio de um ordenamento jurídico que respeite, inclusive nas normas de direito material, o trinômio vida-liberdade-propriedade.

Para garantir o trinômio vida-liberdade-propriedade, a extensão do devido processo legal não vai apenas até o direito de ação, pois é essencial que o jurisdicionado receba o que é seu por direito em tempo hábil. Assim, como consequência do devido processo legal, no seu sentido material e processual, há o direito à razoável duração processo.

Instituída explicitamente pela Emenda Constitucional n° 45 de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5° da Constituição Federal, o direito à razoável duração do processo preconiza que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. Mesmo antes da EC n° 45/2004, a interpretação do direito de acesso à Justiça já conduzia ao entendimento de que era devido ao jurisdicionado uma prestação judicial em tempo suficiente para que pudesse gozar do direito pleiteado (Silva, 2004)⁸. Não se pode falar em acesso à Justiça quando o jurisdicionado, apesar de ter diversas vias para buscar amparo judicial, sofre com a interminável demora de um processo.

O termo *razoável* é de textura aberta, deixando sua interpretação sempre vinculada ao caso concreto. Assim, em alguns casos, juízes poderiam argumentar que não é possível proporcionar a duração razoável do processo pela grande demanda da sua unidade jurisdicional. Contudo, ao estabelecer que devem ser utilizados *os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, permite-se que sejam promovidas todas as providências necessárias para superar os desafios do dia a dia, seja com alterações legislativas que tornem mais célere o processo, ou mesmo investigando juízes morosos (Silva, 2004)⁹. Uma dessas providências é o desenvolvimento e aplicação de sistemas de inteligência artificial nos tribunais brasileiros.

⁸ SILVA, *op. cit.*

⁹ SILVA, *Ibid.*

O devido processo legal e os princípios dele decorrentes são uma construção histórica, um desenvolvimento que vai desde a sua positivação normativa nas constituições até suas interpretações mais extensivas para proteger direitos fundamentais. Assim como uma IA é desenvolvida e aplicada por meio de tentativa e erro, o devido processo legal como conhecemos hoje também se formou dessa forma. Ao passar dos anos, foram criadas normas para minimizar o arbítrio humano nos processos judiciais, limitando, de forma concreta, as autoridades aplicadoras do direito.

Essas normas limitadoras, porém, foram desenvolvidas em séculos de tentativas e erros humanos, não de julgadores artificiais. Não significa, claro, que os princípios supracitados não são mais aplicáveis, apenas que precisam ser reinterpretados, agora considerando as nuances das novas tecnologias, notadamente a IA, uma criação humana com a capacidade de aprender sozinha e praticar atos jurídicos (Machado Segundo, 2022)¹⁰.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A inteligência artificial não é uma tecnologia recente, mas nos últimos anos sua aplicação se difundiu nos mais variados setores da sociedade, causando um profundo impacto no cotidiano da população, com sistemas como o Chat-GPT, que agora funciona como um potente assistente de bolso de muitas pessoas. Desde Turing e seu amplamente conhecido teste (Turing, 1950)¹¹, a ciência se debruça sobre os novos caminhos que a IA pode abrir para a humanidade, havendo muita empolgação, mas também muitas preocupações sobre os riscos que ela pode trazer (Tegmark, 2017)¹².

Uma IA pode ser compreendida como um conjunto de procedimentos lógicos desenvolvido pela ciência da computação com a utilização de

¹⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito e Inteligência Artificial: o que os algoritmos têm a ensinar sobre interpretação, valores e justiça**. 1. ed. São Paulo: Foco, 2022.

¹¹ AM TURING, I.—COMPUTING MACHINERY AND INTELLIGENCE, *Mind*, Volume LIX, Edição 236, outubro de 1950, páginas 433–460, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>

¹² Mark Tegmark acredita que, em 2028, a IA começará a repercutir no aumento da desigualdade social e, em 40 anos, o controle mundial será daqueles que tenham o domínio dos sistemas de IA. TEGMARK, Max. **Life 3.0: Being human in the age of artificial intelligence**. Alfred A. Knopf, 2017.

algoritmos e *machine learning*, a fim de que computadores possam processar dados de forma independente, tomando decisões e interpretando mensagens. Existem, é verdade, outros conceitos de IA, dependendo de como ela é composta e para qual trabalho foi desenvolvida, pois quanto mais complexo o trabalho, maior será a capacidade de processamento na IA e mais tecnológicas serão incorporadas (Praia, 2023)¹³.

No Brasil, a Resolução nº 332 de 21/08/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no seu art. 3º, II, assevera que o conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, que tenham como objetivo oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana é considerado um Modelo e Inteligência Artificial (CNJ, 2020)¹⁴.

Para os fins deste artigo, o conceito da resolução supracitada é suficiente para que possamos compreender como a IA é utilizada nos tribunais brasileiros e como ela pode impactar no devido processo legal e na razoável duração do processo a ponto de exigir uma reinterpretação que vai levar ao devido processo legal tecnológico.

Conforme os dados do Painel da Pesquisa sobre Inteligência Artificial do CNJ, em 2023, havia 140 projetos de IA em 62 tribunais brasileiros, alguns já finalizados e sendo aplicados, enquanto outros ainda estão na fase de desenvolvimento (CNJ, 2023)¹⁵. Desses 140 projetos, 65 eram desenvolvidos sem o apoio de outras entidades, denotando que a modernização do Poder Judiciário, pelo menos no aspecto de desenvolvimento das IAs, não possui uma estratégia unificada.

Ainda de acordo com os dados do CNJ, busca de casos similares, classificação de documentos e automação de documentos são as principais

¹³ PRAIA, Helton José Barbosa Loureiro. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO DIREITO: uma análise do panorama brasileiro**. 08/02/2023 88 f. Mestrado em CIÊNCIA JURÍDICA Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ, Itajaí Biblioteca Depositária: Biblioteca UNIVALI

¹⁴ CNJ. Resolução nº 332 de 21/08/2020. Brasília: **CNJ**, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 20 dez. 2024.

¹⁵ CNJ. Painel da Pesquisa sobre Inteligência Artificial. Brasília: **CNJ**, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/pesquisa-uso-da-inteligencia-artificial-ia-no-poder-judiciario-2023.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2024.

atividades contempladas pelos projetos de IA. Destacam-se também projetos com o objetivo de sugestão de movimentos para despacho e predição de ato do magistrado. Com os projetos de IA que já estão sendo aplicados, os principais resultados citados são maior eficiência e agilidade no processamento de documentos e informações, otimização de recursos e redução de custos operacionais e automatização de tarefas repetitivas e burocráticas (CNJ, 2023)¹⁶.

De fato, quando se fala em IA, por sua grande capacidade de processar dados e trabalhar em velocidade sobre-humana, aponta-se que os maiores ganhos seriam em eficiência, tanto administrativamente, com a redução de custos com servidores, quanto processualmente, pois os atos processuais poderiam ser realizados de forma mais célere (Gontijo, 2024)¹⁷. Porém, a inteligência artificial, em nome da busca pela razoável duração do processo, pauta importante, é verdade, não pode implicar em riscos ao devido processo legal.

Conforme dados do CNJ, as maiores preocupações éticas relacionadas ao uso de IA são a discriminação e viés nos resultados obtidos pelos modelos de IA, responsabilidade de *accountability* em casos de erros da IA, falta de transparência nas decisões tomadas por algoritmos e falta de transparência e auditabilidade no processo de treinados dos modelos (CNJ, 2023)¹⁸.

De fato, para o completo respeito ao devido processo legal, é essencial delimitar de forma concreta a responsabilidade pelos erros cometidos pela IA, além de garantir transparência e explicabilidades, dois elementos primordiais ao novo devido processo legal tecnológico. Embora ainda não exista uma legislação específica para a IA nos tribunais, sendo a Resolução nº 332 de 21/08/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o documento mais relevante sobre o tema, há também a Estratégia Brasileira de Inteligência

¹⁶ CNJ. Painel da Pesquisa sobre Inteligencia Artificial. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/pesquisa-uso-da-inteligencia-artificial-ia-no-poder-judiciario-2023.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2024.

¹⁷ GONTIJO, G. P.; PAIVA, L. E.; FARIA, A. C. F.; SOARES, C. H. **Inteligência Artificial e o Processo Civil**. VirtuaJus, v. 9, n. 16, p. 168-181, 8 maio 2024.

¹⁸ CNJ. Painel da Pesquisa sobre Inteligencia Artificial. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/pesquisa-uso-da-inteligencia-artificial-ia-no-poder-judiciario-2023.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2024.

Artificial (EBIA), um documento destinado a orientar nacionalmente o desenvolvimento multissetorial de pesquisa, inovação e soluções em IA promovendo seu uso consciente e ético (Brasil, 2021)¹⁹.

A EBIA estabeleceu nove eixos como seus pilares, sendo eles: legislação, regulação e uso ético; governança de IA; aspectos internacionais; qualificações para um futuro digital; força de trabalho e capacitação; pesquisa, desenvolvimento, inovação e empreendedorismo; aplicação nos setores produtivos; aplicação no poder público; segurança pública (Brasil, 2021).²⁰

A EBIA considera a capacidade de tomar decisões como um dos principais atributos da IA, cabendo discutir que decisões podem ser delegadas a uma máquina e quais exigem a intervenção humana. A Estratégia brasileira, embora ainda não consolidada, assume a possibilidade de delegar, de forma completa, a tomada de decisão para uma máquina. A EBIA não olvidou a importância de garantir que os sistemas de IA produzam decisões explicáveis e transparentes, através de um processo de rastreabilidade decisória, mas considera que alguns sistemas podem ser fechados, impedindo a explicabilidade das decisões (Brasil, 2021)²¹.

Ainda não existem sistemas de IA regularmente incorporados ao Judiciário nacional com a finalidade de proferir decisões judiciais de forma autônoma. Muito embora a utilização do Chat-GPT seja bastante difundida no âmbito judicial e não exista proibição para sua utilização para magistrados (Vale, 2025)²², não se trata de uma ferramenta desenvolvida com a finalidade específica de ser utilizada pelo Judiciário.

Por outro lado, existem sistemas de IA, notadamente dos tribunais superiores, criados como ferramentas auxiliares, com o objetivo de tornar

¹⁹ BRASIL. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA**. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021.

²⁰ BRASIL. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA**. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021.

²¹ BRASIL. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA**. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021.

²² VALE, Humberto. **CNJ rejeita pedido para proibir uso do ChatGPT por magistrados para fundamentar decisões**. Brasília/DF: JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/cnj-rejeita-pedido-para-proibir-uso-do-chatgpt-por-magistrados-para-fundamentar-decisoes>. Acesso em: 26 jan. 2025

mais eficiente a tomada de decisões, sobretudo quanto aos precedentes, importantes para desafogar o Judiciário de demandas repetitivas.

No Supremo Tribunal Federal, destaca-se o sistema Victor, que tem como objetivo analisar peças processuais de uma ação judicial e classificá-la de acordo com um tema preexistente de repercussão geral no STF. No Superior Tribunal de Justiça, há o sistema Athos, que antes mesmo da distribuição dos processos aos Ministros é utilizado na localização de processos que possam ser submetidos ao rito dos recursos repetitivos, e o sistema Sócrates, responsável por examinar o recurso e o acórdão recorrido e fornecer informações relevantes aos julgadores, como acórdão semelhantes e as referências legislativas (Lage, 2022)²³.

Embora a IA tenha ampla capacidade para processar grandes bases de dados, promovendo, em tese, eficiência na prestação jurisdicional, ela também é suscetível a erros. Os operadores de sistemas automatizados, contudo, em razão do viés de automação, apresentam tendência a confiar mais nas decisões desses sistemas do que nas suas, conformando-se com a decisão artificial e não buscando informações contrárias à conclusão da máquina, e isso acontece até mesmo nos sistemas que preservam a revisão humana como etapa final (Citron, 2008)²⁴.

Um erro de um sistema que atua na formação de precedentes pode induzir um julgador a proferir uma decisão equivocada, criando prejuízos para diversos jurisdicionados. A razoável duração do processo, especialmente no cenário de grande litigiosidade brasileira, ganha especial relevância quando se trata do desenvolvimento e da aplicação de sistemas de IA, mas a concretização de nenhum princípio, por mais importante que seja, deve ser buscada de forma autônoma ao ordenamento jurídico como um todo. Sendo assim, não obstante o desejo de garantir a razoável duração do processo, os instrumentos criados a seu favor devem observar o devido processo legal.

²³ LAGE, Fernanda de Carvalho. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. - 2. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

²⁴ CITRON, Danielle Keats. **Technological Due Process**. Washington University Law Review, vol. 85, n. 1249, 2008.

É nesse novo cenário de interferência da IA no Poder Judiciário que o devido processo legal merece um olhar mais atento. Historicamente, o devido processo legal existe para controlar, coibir e corrigir os erros praticados por quem elabora e aplica a norma jurídica, limitando o arbítrio humano. Entretanto, na era da inteligência artificial, na qual robôs e algoritmos podem ser os responsáveis pelo arbítrio, embora eventualmente não intencional, o devido processo legal tem novas exigências (Machado Segundo, 2022)²⁵.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL TECNOLÓGICO

A constante aplicação das novas tecnologias, especialmente a IA, no direito processual, indica o começo do que podemos chamar de devido processo tecnológico. O princípio do devido processo legal e seus consectários como conhecemos precisam ser repensados sob uma nova ótica, uma que esteja atenta aos influxos recebidos por sistemas de IA que podem auxiliar os julgadores nas decisões judiciais ou até mesmo proferir decisões (Vale, 2023).²⁶

Essa nova fase no devido processo legal demanda uma modificação estrutural no processo, para que novas fases sejam nele inseridas, permitindo que os sujeitos processuais tomem conhecimento sobre os bancos de dados utilizados pela IA, como eles são processados, além da forma como a IA obtém os resultados divulgados, para que, com essas informações, possa ser exercido o direito ao contraditório de sua forma mais ampla (Quadros, 2024)²⁷.

A função primordial do devido processo legal, como visto inicialmente, é proteger, no aspecto material e processual, o trinômio vida-liberdade-propriedade, da forma mais ampla possível. Sendo assim, é um princípio que gera outros princípios, como os princípios da isonomia, do juiz e do promotor

²⁵ MACHADO SEGUNDO, *op. cit.*

²⁶ VALE, Luís Manoel Borges do; PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. **Teoria geral do processo tecnológico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

²⁷ QUADROS, Letícia de. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM TEMPOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: LIMITES E DESAFIOS NO CENÁRIO TECNOLÓGICO DO JUDICIÁRIO**. In: 7 CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: mídias e direitos da sociedade em rede, 2024, Santa Maria - RS. ANAIS DO 7 CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: mídias e direitos da sociedade em rede, 2024.

natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais.

Em um cenário no qual a IA permeia toda a sociedade, inclusive o Poder Judiciário, o devido processo legal e seus consectários podem ser todos abalados de forma significativa. Sem o devido controle, uma IA que incorporou vieses no momento da programação pode tratar de forma desigual e discriminatória as partes do processo. A automação de decisões pode comprometer o princípio do juiz natural, considerando que atribuição de decidir seria transferida a um sistema programado por quem não tem mesmo grau de independência e imparcialidade. Um sistema de triagem de petições iniciais que rejeite petições em possível desacordo com temas pacificados, pode prejudicar o acesso à justiça, quando cometer erros que não sejam explicáveis e transparentes, dificultando que os mais pobres consigam questionar essas decisões. O contraditório pode ser prejudicado ao ser utilizado uma IA não auditável, que impeça questionamentos judiciais sobre suas decisões. Uma IA que tenha acesso a dados não autorizados pode macular o princípio da proibição da prova ilícita.

Pela própria opacidade da maioria dos sistemas de IA e pela ausência de transparência no seu desenvolvimento e aplicação, haverá prejuízo ao princípio da publicidade dos atos processuais e ao princípio da motivação das decisões judiciais, afinal os sujeitos processuais não saberão qual tipo de procedimento é realizado pelo sistema para chegar até aquela decisão.

É inegável que a IA pode ser um instrumento capaz de aumentar o acesso à justiça, conferindo, por meio da sua agilidade e efetividade, a duração razoável do processo (Cambi, 2023)²⁸. Contudo, esse princípio não é um fim em si mesmo, mas um instrumento em favor de um processo justo, que respeite o jurisdicionado, permitindo que ele receba decisão em tempo hábil

²⁸ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMARAL, Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá. Inteligência artificial no Poder Judiciário, discriminação algorítmica e direitos humanos-fundamentais. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 3, n. 2, p. 189–218, 2023. DOI: 10.53798/suprema.2023.v3.n2.a250. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/250>. Acesso em: 26 jan. 2025.

para exercer o direito buscado por meio do Judiciário. Nesse sentido, mesmo em nome da tão esperada eficiência, as garantias processuais não podem ser comprometidas e a qualidade das decisões prejudicadas (Quadros, 2024)²⁹.

Nesse cenário, o devido processo legal tecnológico torna-se uma evolução natural do devido processo legal até então conhecido, com a finalidade de acomodar as garantias constitucionais às mudanças ocasionadas pelas novas tecnologias, sobretudo a IA, incorporando a transparência e a explicabilidade, para que os sistemas de IA sejam desenvolvidos e implementados nos tribunais de forma pública e auditável (Quadros, 2024)³⁰.

Os princípios da explicabilidade e da interpretabilidade (transparência), no contexto tecnológico, são indispensáveis para o desenvolvimento de sistemas de IA, pois têm como finalidade a aplicação de técnicas que garantam a compreensão dos resultados expostos pelo sistema, evitando-se, assim, sistemas opacos (Barbosa, 2023)³¹. Enquanto a explicabilidade tem como objetivo concluir quais informações adicionais o sistema pode fornecer, a interpretabilidade ou transparência objetiva descobrir como o modelo de IA funciona, tornando-se, então, modelos complementares (Marcinkevičs, 2023)³².

A explicabilidade e a interpretabilidade ou transparência servem como uma salvaguarda contra sistemas de IA opacos, entendidos aqui como aqueles que não permitem acesso às informações sobre como chegam até determinada conclusão durante seu funcionamento (Barbosa, 2023)³³.

Essa é a relevância do devido processo legal tecnológico. Para além dos princípios já historicamente consolidados, a atual conjuntura exige

²⁹ QUADROS, *op. cit.*

³⁰ QUADROS, *Ibid.*

³¹ BARBOSA, Vanessa Alves Pereira. **Inteligência artificial e sistema de precedentes brasileiro: explicabilidade e interpretabilidade como mecanismos de adequação dos modelos algorítmicos aos princípios do contraditório e do devido processo legal**. 2024. 110 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2023.

³² MARCINKEVIČS, Rīčards; VOGT, Julia E. **Interpretable and explainable machine learning: A method-centric overview with concrete examples**. WIREs Data Mining and Knowledge Discovery, Zurich, v. 13, n. 3, 2023. Disponível em: < <https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/widm.1493> >. Acesso em: 26 jan. 2025.

³³ BARBOSA, *op. cit.*

que o Judiciário, quando coloca à disposição dos seus tribunais sistemas de IA, assegure que todos os sujeitos envolvidos no processo tenham acesso, de forma mais ampla possível, às informações sobre como a IA funciona e como ela chegou até aquela conclusão.

Os sistemas de IA disponíveis ao STF e STJ, por exemplo, até onde se sabe não são responsáveis por produzir decisões, mas apenas por classificar grupo de recursos de acordo com a possível decisão que devem receber, assegurada a supervisão humana pelo Ministro Relator, que pode decidir de forma diversa daquela que foi indicada pela IA. Contudo, embora existam pesquisas públicas sobre os sistemas citados, a transparência a explicabilidade ainda não são respeitadas de forma integral.

Não é possível saber, por exemplo, se determinado recurso foi inadmitido por decisão exclusiva do Ministro, ou se, antes de ele decidir, a IA já havia indicado essa possível decisão, com base em precedentes da Corte. Nesse caso, os princípios da explicabilidade e da interpretabilidade ou transparência exigem que, na decisão, seja revelada a utilização ou não de IA, qual a indicação fornecida por ela, se de admissão ou inadmissão, os motivos para tanto e quais critérios ela utilizou para chegar nessa decisão. Por fim, as razões que o Ministro utilizou para acolher ou rejeitar a indicação da IA devem também ser expostos, permitindo que o jurisdicionado tenha total conhecimento da forma como seu recurso foi analisado e podendo, assim, discordar fundamentadamente da decisão.

Para respeitar os princípios da transparência e da explicabilidade, novas regras devem ser tomadas, como a obrigatoriedade do sistema de IA ser utilizado apenas como suporte à decisão judicial (seria este o caso dos sistemas Victor, do STF, e Athos e Sócrates do STJ), as decisões sempre devem informar que foram proferidas com auxílio de IA, os parâmetros de utilização da IA devem ser explicáveis, rechaçando-se modelos caixa-preta, deve haver um juiz humano supervisionando a ferramenta, e os dados utilizados pela IA devem ser periodicamente revisados, também por humanos (Quadros, 2024)³⁴.

³⁴ QUADROS, *op. cit.*

Machado Segundo (2022) entende ser necessário a criação de comitês, comissões ou corpo de especialistas multidisciplinares para testar os sistemas de IA que o Poder Judiciário pretende usar, antes e durante sua implementação. Isso, por certo levará algum tempo e é por isso que, de imediato, é indispensável que haja uma abertura institucional e no espírito dos julgadores para apreciar recursos que apontem os erros das máquinas (Machado Segundo, 2022)³⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para proteger a vida, a liberdade e a propriedade, trinômio de direitos essenciais ao ser humano, foi desenvolvido o devido processo legal, princípio constitucional primordial, seja no aspecto processual, quando permeia todas as normas do processo propriamente dito, tornando-as compatíveis à ordem constitucional vigente, seja no aspecto material, extensão interpretativa decorrente dos esforços da doutrina e da jurisprudência em defender o cidadão dos arbítrios do Estado.

Com séculos de desenvolvimento, o princípio do devido processo legal dá origem ao que conhecemos hoje como isonomia, juiz e promotor natural, inafastabilidade do controle jurisdicional, contraditório, proibição da prova ilícita, publicidade dos atos processuais e motivação das decisões judiciais todos inseridos no cerne deste princípio constitucional. Também como consectário do devido processo legal, destaca-se a razoável duração do processo, afinal, para além do cumprimento das normas processuais e materiais, o jurisdicionado deve receber o direito perseguido em tempo adequado para usufruí-lo, ou então todas as normas, por mais que sigam o devido processo legal, seriam ineficazes.

A incessante e verdadeiramente necessária busca pela razoável duração do processo esbarra no desafio de promover eficiência em um Poder Judiciário abarrotado de ações. Nesse cenário, a IA, com sua capacidade para analisar, de forma célere, grandes quantidades de dados, tornou-se rapidamente

³⁵ MACHADO SEGUNDO, *op. cit.*

uma aliada do Poder Judiciário brasileiro. Entretanto, o desenvolvimento e aplicação de IA pelos tribunais brasileiros, deve se concentrar não somente na razoável duração do processo, mas também no devido processo legal tecnológico, que tem a explicabilidade e a interpretabilidade ou transparência como princípios fundamentais.

O Brasil ainda não possui uma normatização suficientemente desenvolvida para a IA. Muita embora exista a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, ela ainda não se consolidou ao ponto de resultar em uma legislação capaz de traçar parâmetros para como a IA será abordada no Brasil. No âmbito do Judiciário, contudo, há a Resolução nº 332 de 21/08/2020 do CNJ, instrumento que regulamenta como os tribunais devem abordar a IA.

Mesmo sem normas bem definidas sobre como utilizar a IA em consonância com o devido processo legal, conforme os dados do Painel da Pesquisa sobre Inteligência Artificial do CNJ, em 2023, existiam 140 projetos de IA em 62 tribunais brasileiros. O número demonstra que o fenômeno de incorporação da IA ao processo jurisdicional já está bastante avançado. Dentre esses sistemas de IA, destacam-se, no STF, o sistema Victor, e no STJ, o sistema Athos, ambos com foco na análise de recursos e na formação e aplicação de precedentes. Sistemas como esses tem como objetivo assegurar a razoável duração do processo, mas não podem deixar de observar o devido processo legal, notadamente com relação aos princípios da explicabilidade e da interpretabilidade ou transparência.

O devido processo legal tecnológico tem como objetivo promover uma releitura do devido processo legal. Enquanto o último foi construído historicamente para evitar o arbítrio, o primeiro vem sendo desenvolvido para superar eventual arbítrio de sistemas de IA que se apresentem de forma opaca, ou seja, aqueles que não forneçam informações suficientes para que um humano possa saber quais os critérios utilizados para o sistema chegar até determinada decisão.

Para garantir explicabilidade e interpretabilidade ou transparência no uso de IA no Judiciário e, portanto, respeitar o devido processo legal

tecnológico, são admissíveis apenas sistemas de IA que funcionem como suporte à decisão judicial, desde que tenham supervisão humana. Assim, rejeitam-se os modelos opacos, que não fornecem as informações necessárias para que o jurisdicionado possa recorrer de decisões feitas com auxílio de IA. Além disso, para efetivar os princípios do devido processo tecnológico, as decisões proferidas com auxílio de IA devem indicar, em seu corpo, como a tecnologia foi utilizada naquela decisão.

A nova conjuntura jurídica criada pela IA exige que os operadores do Direito tenham uma visão renovada dos princípios jurídicos há muito consolidados, como é o caso do devido processo legal, a fim de que as novas tecnologias não sejam inseridas no Judiciário em dissonância com a ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

AM TURING, I.— **COMPUTING MACHINERY AND INTELLIGENCE**, *Mind*, Volume LIX, Edição 236, outubro de 1950, páginas 433–460, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>

BARBOSA, Vanessa Alves Pereira. **Inteligência artificial e sistema de precedentes brasileiro: explicabilidade e interpretabilidade como mecanismos de adequação dos modelos algorítmicos aos princípios do contraditório e do devido processo legal**. 2024. 110 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2023.

BRASIL. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA**. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMARAL, Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá. Inteligência artificial no Poder Judiciário, discriminação algorítmica e direitos humanos-fundamentais. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 3, n. 2, p. 189–218,

2023. DOI: 10.53798/suprema.2023.v3.n2.a250 Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/250> . Acesso em: 26 jan. 2025.

CITRON, Danielle Keats. Technological Due Process. **Washington University Law Review**, vol. 85, n. 1249, 2008.

CNJ. Painei da Pesquisa sobre Inteligencia Artificial. Brasilia: CNJ, 2023. Disponivel em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/pesquisa-uso-da-inteligencia-artificial-ia-no-poder-judiciario-2023.pdf> . Acesso em: 20 dez. 2024.

CNJ. Resolucao n° 332 de 21/08/2020. Brasilia: CNJ, 2020. Disponivel em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 20 dez. 2024.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, volume 1, Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

GONTIJO, G. P.; PAIVA, L. E.; FARIA, A. C. F.; SOARES, C. H. **Inteligência Artificial e o Processo Civil**. *Virtuajus*, v. 9, n. 16, p. 168-181, 8 maio 2024.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. - 2. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito e Inteligência Artificial: o que os algoritmos têm a ensinar sobre interpretação, valores e justiça**. 1. ed. São Paulo: Foco, 2022.

MARCINKEVIČS, Ričards; VOGT, Julia E. **Interpretable and explainable machine learning: A methods-centric overview with concrete examples**. *WIREs Data Mining and Knowledge Discovery*, Zuriq, v. 13, n. 3, 2023. Disponível em: < <https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/widm.1493>>. Acesso em: 26 jan. 2025.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/200. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PRAIA, Helton José Barbosa Loureiro. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO DIREITO: uma análise do panorama brasileiro**. 08/02/2023 88 f. Mestrado em CIÊNCIA JURÍDICA Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ, Itajaí Biblioteca Depositária: Biblioteca UNIVALI

QUADROS, Letícia de. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM TEMPOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: LIMITES E DESAFIOS NO CENÁRIO TECNOLÓGICO DO JUDICIÁRIO**. In: 7 CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: mídias e direitos da sociedade em rede, 2024, Santa Maria - RS. ANAIS DO 7 CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: mídias e direitos da sociedade em rede, 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEGMARK, Max. **Life 3.0: Being human in the age of artificial intelligence**. Alfred A. Knopf, 2017.

VALE, Humberto. **CNJ rejeita pedido para proibir uso do ChatGPT por magistrados para fundamentar decisões**. Brasília/DF: JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/cnj-rejeita-pedido-para-proibir-uso-do-chatgpt-por-magistrados-para-fundamentar-decisoes>. Acesso em: 26 jan. 2025.

VALE, Luís Manoel Borges do; PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. **Teoria geral do processo tecnológico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

A InveGigação Defensiva como Garantia Fundamental e o Direito à Formação da Prova

Fernando Antônio Holanda Pereira Júnior¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A transvaloração das investigações preliminares e a necessidade da investigação defensiva. 3. O direito à prova defensiva e sua compatibilização com o princípio da não autoincriminação. 4. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As discussões sobre a investigação defensiva têm florescido com maior vigor na última década no país. A figura ainda carece de melhor fixação de suas possibilidades e de seus limites, haja vista a inexistência de regulamentação específica no ordenamento jurídico nacional. No PLS 156/2009 originário do Senado Federal, em seu art. 14, havia a previsão de garantir ao investigado com o auxílio de seu defensor técnico a faculdade de identificar fontes de prova em favor do defendido, podendo, inclusive, entrevistar pessoas, desde que essas oitivas fossem concedidas mediante esclarecimento e consentimento. Muito embora o projeto ainda fosse conservador quanto ao gerenciamento do inquérito pela autoridade policial, sem qualquer obrigação desta de acatar requerimentos de diligências ocasionalmente solicitadas pelo indiciado ou de lhe conferir acesso àquelas que estivessem em execução, representava um certo avanço no que condiz com a arquitetura de participação da defesa na etapa de apuração preliminar, mas que infelizmente não chegou sequer a ser ventilada nas alterações pontuais do Código de Processo penal - CPP que se sucederam.

¹ Defensor Público Federal. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4608884842295923> Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-3727-6965> E-mail: fernando.dpu2013@gmail.com

Antecipando-se ao vácuo legislativo, a OAB editou o provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, que entre outras disposições, prevê já em seu art. 1º que “a investigação defensiva compreende obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito”, demonstrando, pois, alguma preocupação com a idoneidade do resultado da atividade de arrecadação de provas diretamente pelo profissional da advocacia, apesar de não ter qualquer caráter vinculante.

Mais recentemente, a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas – ABRACRIM, publicou o Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva, produto da iniciativa de diversos especialistas multidisciplinares, cuja eficácia orientadora visa impulsionar o reconhecimento da necessidade da estruturação de normas de conduta ético-profissionais para o exercício da atividade.

No esforço conjunto para propor alguma cobertura jurídica ao instituto, emergiram iniciativas dispersas das defensorias públicas do país, dentre as quais se menciona a instituição da Central de Investigação Defensiva - CIDEF, da Defensoria Pública do Estado do Ceará e o Núcleo de Investigação Defensiva da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, bem como a Portaria nº 1.165/2022/DPG da Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, instituindo comissão para o estudo da criação e normatização de um núcleo especializado em investigação criminal defensiva para atuação em interrogatórios, inquéritos policiais e junto ao Núcleo de Inquéritos Policiais do Poder Judiciário.

Forçoso mencionar posicionamento doutrinário que reconhece em alguns dispositivos esparsos a previsão para o desenvolvimento de atos de investigação pela defesa. São eles: art. 9º da Resolução n. 181/2017, do CNMP; art. 14 do CPP; art. 7º, XIV e XXI, da Lei n. 8.906/1994; arts. 4º, XIV, 44, VI, VII e VIII, 89, VI, VII e VIII e 128, VI, VII e VIII, todos da LC 80/94 (Silva, 2023, p. 418)². Adite-se a essas disposições, a famigerada súmula

² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4a ed. São Paulo: Juspodium, 2023, p. 418.

vinculante 14, do STF que prevê o acesso amplo aos autos aos elementos probatórios já documentados nos inquéritos policiais. Não se pode reconhecer nesses disciplinamentos alguma regulação da investigação criminal defensiva, senão simples autorizações pontuais de acesso e juntada de documentos. Há de se distinguir a mera participação nos autos da investigação pública da efetiva investigação pela defesa. Na primeira situação, a atuação do defensor está circunscrita aos rumos ditados pelo órgão condutor da investigação preliminar, cabendo uma eventual intervenção apenas para informar-se sobre os deslindes do procedimento investigativo ou para coibir violações a direitos fundamentais. Na segunda, o advogado ou defensor atua independente das ingerências dos investigadores oficiais, protagonizando as estratégias investigatórias, porém submetendo-se às limitações normativas no que se refere às ilicitudes probatórias (Machado, 2009, p.32)³. Devido a essa realidade, a investigação defensiva é exercida com sérias dificuldades provenientes da falta de contornos legais para definir as suas fronteiras de atuação. Paira ainda sobre as instâncias estatais de persecução penal certa desconfiança quanto à índole dos suspeitos e de seus advogados, ecoada inclusive por juristas que vaticinam um risco de perturbação da regular tramitação da investigação oficial por interferências protelatórias (Pacelli, 2013, p.55)⁴.

Defronte a essa contextualização, este trabalho busca esclarecer o fundamento normativo e os motivos que justificam a realização da investigação pela defesa, além de discutir brevemente se a prática se compatibiliza com o direito à não autoincriminação.

2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DERIVADA DA PARIDADE DE ARMAS

É curial registrar que a atividade investigativa não é monopólio da polícia. O art. 144, da CF e a Lei nº 12.830/2013, que dispõe sobre

³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 32.

⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

a investigação criminal pelo delegado de polícia, não vedam que outros órgãos possam desempenhar funções de arregimentação de provas. Veja-se o emblemático caso das instruções preliminares conduzidas diretamente pelo Ministério Público, atribuição reconhecida pelo STF⁵ como um poder implícito ao de propositura da ação penal e após essa chancela regulamentado pela Resolução nº 181/2017 do CNMP. Esse reconhecimento não só confirma o papel de parte acusadora do MP, reiterando o compromisso com uma conformação às exigências do sistema acusatório, assim como desnuda um resignado desequilíbrio estrutural entre acusação e defesa, a reafirmar um modelo de investigação inclinado a restringir as incursões defensivas e privilegiar o posicionamento do acusador (Lopes, 2014, p.165)⁶. Persistindo essa desigualdade, faz-se ruir um dos pilares elementares à estruturação do sistema acusatório perseguido como ideal regulador do processo penal, a paridade de armas.

Para Renato Stanzola, a paridade de armas significa a distribuição igualitária, entre os sujeitos contrapostos, de oportunidades na apresentação de argumentos e provas, com vistas à afirmação de seus respectivos interesses (Vieira, 2014, p.236)⁷. Trata-se de um princípio constitucional implícito no art. 5º, § 2º, da CF/1988, extraível da cláusula geral do devido processo legal justo e equo do art. 5º, LIV, da Carta Magna, em que pese alguns autores o deduzam do contraditório (*par conditio*) como (Santos, 2022, p.35)⁸.

Segundo o jurista Prado, só faz sentido falar em sistema ou princípio acusatório quando se verifica uma oposição entre acusação e defesa, cada qual com seus direitos, deveres, ônus, faculdades e suas relações recíprocas (Prado, 2021, p. 127)⁹. Assim sendo, a compressão dos espaços de interveniência defensiva afronta a legitimidade democrática outorgada ao processo penal,

⁵ RE 593.727/MG/DF, rel. Min. Cezar Peluso relator p/acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.05.2015.

⁶ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A investigação preliminar no processo penal**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

⁷ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014, p. 236.

⁸ SANTOS, Alexandre César dos. **Investigação criminal defensiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 35.

⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 127.

uma vez que priva a defesa de participar na construção da solução do caso e de perseguir exaustivamente a tutela do interesse oposto ao do acusador¹⁰. A paridade de armas é a salvaguarda do contraditório e da ampla defesa. Não à toa Luigi Ferrajoli assevera ser inerente a uma disputa leal a igualdade entre as partes, de modo que à defesa seja garantida as mesmas capacidades e poderes da acusação, ao passo que a vocação defensiva ao contraditório seja igualmente fomentada em qualquer espécie de procedimento e a cada ato probatório realizado¹¹.

O princípio da paridade de armas é um “continente do qual o contraditório é conteúdo”(Vieira, 2006, p. 212)¹², sendo sua condição de possibilidade. Nesse sentido, a paridade de armas mantém com o contraditório uma relação de instrumentalidade. Apenas numa ambiência processual na qual se preserve a igualdade entre os oponentes é que se pode efetivar o contraditório e a ampla defesa. No entanto, a paridade de armas e o contraditório conquanto mantenham entre si uma inolvidável afinidade, cumprem finalidades diferenciadas e autônomas. Enquanto a paridade de armas é interligada diretamente à igualdade de tratamento, vertendo-se em uma condição para a participação no processo, o contraditório vincula-se ao conceito de *par conditio*, do qual emana a noção de dialeticidade, dependente de uma ação (ou omissão) da parte¹³.

Por sua natureza de princípio, a paridade de armas é incindível *prima facie* na fase investigativa, estando suscetível a restrições em variados graus a depender das limitações fáticas e jurídicas (Aley, 2008, p. 90)¹⁴ justificadas pela necessidade e adequação das diligências necessárias ao sucesso da investigação, pois não se pode negar o interesse da coletividade no esclarecimento do fato punível. Para exemplificar, o STF, por vias oblíquas, na já referida súmula vinculante 14, efetuou esse tipo de controle ao enfatizar que o acesso da defesa às investigações policiais se cinge aos atos já documentados.

¹⁰ *Ibidem.* p. 141.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 565.

¹² VIEIRA, Renato Stanzola. 2006 *Op. cit.* p.212.

¹³ *Ibidem.* p. 213.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 e ss.

A propósito, discorda-se das opiniões que inexoravelmente rejeitam a incidência do contraditório na etapa pré-processual (Machado, 2007, p.83)¹⁵. Ao invés, sufraga-se o entendimento de que essa garantia é viabilizada pela paridade de armas, com esta se equiparando estruturalmente como uma norma-princípio, inclusive compartilhando da mesma natureza de mandamento *prima facie*. Sucede disso, que o contraditório, no transcorrer das investigações preliminares, fica passível de sopesamento diante de colisão com as razões fático-jurídicas que autorizam restringir a interferência defensiva nos procedimentos investigativos. Por isso, se uma restrição imposta à paridade de armas pode representar redução do campo de incidência do contraditório, devido à relação de instrumentalidade descrita, nem sempre as restrições impostas ao contraditório representarão redução ou eliminação da paridade de armas. Suponha-se que no curso das investigações proceda-se a uma determinada prova pericial para cuja produção seja negada a intervenção imediata ou participação concomitante da defesa. Considerando que se esteja diante de uma limitação juridicamente justificada ao contraditório, nada impede que pela paridade de armas, o advogado ou defensor possa, em paralelo, produzir contraprovas como, por exemplo, obter um álibi, realizar oitivas de pessoas, visitar o local do crime anteriormente explorado pela polícia investigativa, acompanhado de assistente técnico para auxiliar na compreensão lógica dos fatos ou até mesmo aguardar a documentação nos autos do relatório pericial para submetê-lo à avaliação de expertos e obter um parecer contrário à perícia oficial, entre outras iniciativas.

Impende-se sublinhar que a investigação defensiva não deflui diretamente da ampla defesa. Esta garantia, decotada do devido processo legal, seja em quaisquer das suas duas vertentes, autodefesa ou defesa técnica, tem seus fundamentos sedimentados no estrito elo que preserva com o direito de ação, sendo sua contraparte antagônica (Badaró, 2021, p.66)¹⁶. Para não se deter apenas ao enfrentamento em juízo, permite-se situar

¹⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. *Op. cit.* p. 83.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9a ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2021, p. 66.

o fundamento da ampla defesa na própria estrutura acusatória de um processo de partes contrapostas. Assim sendo, a ampla defesa é também instrumentalizada pela paridade de armas, visto que só é possível exercer uma defesa efetiva e abrangente se for assegurado o tratamento paritário dentro do fluxo processual.

Sustenta-se que a investigação defensiva é uma garantia fundamental do imputado (Machado, 2007, p.94)¹⁷ derivada do princípio da paridade de armas e capitaneada pelo ideal de processo justo. Nessa senda, conforme preconiza Gustavo Alberine Pereira, essa atribuição tem supedâneo na tentativa de construção de um modelo acusatório de partes bem delimitadas e com poderes semelhantes (Pereira, 2019, p.56)¹⁸. Sinteticamente, enuncia-se que a investigação defensiva tem como requisito de existência o sistema acusatório e como requisito normativo o princípio da paridade de armas¹⁹.

A investigação defensiva deita suas raízes no garantismo penal, consistindo em uma técnica de limitação à atuação do Estado e, simultaneamente, em uma técnica de implementação de direitos (Cademartori, 2023, p. 86)²⁰. Essa definição concede à investigação defensiva o papel de contenção dos desvios de atribuição de sentidos na captação dos fatos pelos investigadores oficiais, assim como o de expandir prerrogativas fulcrais à perfectibilização do direito de defesa, em abstrato e em concreto.

Para o cumprimento desses objetivos, dessume-se da investigação defensiva três finalidades básicas: 1) evitar o oferecimento e recebimento da denúncia; 2) contrapor e perquirir fontes de provas e 3) realizar o controle de legalidade sobre os elementos probatórios colhidos, assegurando a cadeia de custódia da prova (Pereira, 2019, p. 69)²¹. De se notar que tais

¹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Op. cit.* p. 94.

¹⁸ PEREIRA, Gustavo Alberine. *Investigação defensiva no Brasil: limites e possibilidades: limites e possibilidades no processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2019, p. 56.

¹⁹ *Ibidem.* p. 66.

²⁰ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Florianópolis: Ematis, 2023, p. 86.

²¹ PEREIRA, Gustavo Alberine. *Op. cit.* p. 69.

escopos somente são alcançados por meio do direito à prova defensiva, a ser examinado adiante.

Em fecho do tópico, a investigação defensiva independe da edição de lei ou ato normativo, pois retira sua validade diretamente da própria Constituição Federal e dos tratados que a complementam no plano internacional. Entretanto, pode ter sua eficácia restringida por norma infraconstitucional, para os fins de delimitar responsabilidades em caso de ilícitos, fixar critérios formais de validação dos atos praticados pelo advogado ou defensor no desenvolvimento da atividade investigativa e assegurar a sua efetividade diante das instâncias estatais.

3 A TRANSVALORAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES E A NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

É corriqueiro no discurso da doutrina processualista penal brasileira reverberar que o inquérito policial, sendo o meio mais difundido de investigação preliminar, se caracterize como mero procedimento administrativo sumário, de estrutura inquisitória, sigiloso, unilateral, dispensável ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Devido a essas características, assoma uma tendência generalizada em diminuir a credibilidade jurídica desse instrumento, dissociando-o da etapa processual, em que são asseguradas as garantias processuais constitucionais relacionadas ao devido processo legal como a ampla defesa e o contraditório. Essa postura é comumente justificada no baixo valor probatório atribuído ao inquérito, que coleta apenas elementos informativos, direcionados a subsidiar o exame da justa causa para a propositura da ação penal. Nele não seriam produzidas propriamente provas, mas tão somente atos de investigação, direcionados à elaboração de uma ou diversas hipóteses elucidativas sobre o caso investigado, assentadas em juízos de mera probabilidade.

Há quem continue a reproduzir que as investigações preambulares se guiem por um compromisso ético de imparcialidade, direcionado à proteção do investigado contra os excessos das agências persecutórias (Santos,

2019, p.76)²². Na mesma esteira, costuma-se igualmente disseminar, com base em uma alegada instrumentalidade qualificada do inquérito policial, que sua vocação é atender a clamores metajurídicos, voltados a impedir a estigmatização do acusado, em reforço da confiabilidade da população no sistema de justiça (Lopes, 2021, p.97)²³. Em razão disto, subsistiria uma dimensão simbólica, identificada na aptidão dessa via para amenizar o mal-estar social causado pelo crime, ao transmitir à população a sensação de que providências oficiais estão sendo adotadas com visio à resolutividade do fato penalmente relevante²⁴.

À vista disso, é pertinente desconstruir certos mitos que gravitam em torno do processo penal e de seus institutos. Um deles está na adjetivação dada ao inquérito policial como mecanismo de bloqueio de acusações impertinentes ou de depuração de abusos contra indiciados inocentes²⁵. O mito preenche lacunas de justificação para fornecer uma explanação minimamente coerente (Casara, 2015, p.86)²⁶. Como inexiste uma justificação constitucionalmente válida para a manutenção da forma jurídica do inquérito, criam-se espantalhos argumentativos para conferir verniz de legitimidade à essa figura, na tentativa de compatibilizá-la com a ordem democrática e a primazia do sistema acusatório.

O cunho mitológico suscitado é apoiado em dois aspectos. O primeiro atinente à origem histórica do inquérito na legislação colonial (Séc. XVI), influenciado pela Santa Inquisição, posteriormente incorporado numa configuração mais similar à atual na legislação imperial. Trata-se de uma reminiscência inquisitorial mantida pelo CPP de 1941, promulgado durante o Estado Novo. Na época, houve algumas iniciativas isoladas para extingui-lo, mas foram abandonadas pela comissão responsável pela confecção do

²² SANTOS, Alexandre César dos. *Op. cit.* p. 76.

²³ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.* p. 97.

²⁴ *Ibidem.* p. 104.

²⁵ *Ibidem.* p. 108.

²⁶ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

código (Gloeckner, 2013, p. 353)²⁷. O segundo ponto a ser considerado tem correlação com as reconhecidas funções não declaradas do inquérito. São elas variadas e ocasionais, mas ganham notoriedade na operatividade concreta, sobretudo nos usos probatórios dele decorrentes, que findam por encerrar sentidos de valor aos achados colhidos durante o labor investigativo²⁸. Essas acepções pré-customizadas centram-se no anseio de confirmação da tese incriminadora, sem qualquer preocupação com a juntada de evidências favoráveis à demonstração da inocência do indiciado. Tendo isso em conta, não se concebe que um procedimento vestigial de tradição inquisitória e caracterizado pela sigilosidade, discricionariedade e unilateralidade, tenha o propósito de captar subsídios em abono da versão contrafactual do imputado. Fosse esse um intento genuinamente vislumbrado, nenhuma das citadas características deveriam constituir o seu núcleo distintivo, distanciando-o da publicidade, da vinculação das formas e do contraditório.

No campo prático sabe-se que o material arrecadado na prospecção probatória tem por primado a inculpação do sujeito investigado e poderá ser revisitado perante a instrução probatória em juízo, considerando a permissão encartada no art. 155, do Código de Processo Penal, muito embora com a ressalva de uma análise necessariamente conjunta com a prova produzida dialeticamente em contraditório, à exceção das provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas. Essa percepção provoca a necessidade de uma compreensão holística do processo penal, sem proceder a cisões das atividades prévias de coleta de provas (em sentido amplo) do contexto global da persecução criminal.

Conquanto o Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 tenha endossado a constitucionalidade da figura do juiz das garantias, trazida pela Lei nº 13.964/2019, a transvaloração das informações arregimentadas na fase inquisitiva permanece como uma realidade capaz de comprometer a imparcialidade dos julgamentos em matéria

²⁷ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal I: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 353.

²⁸ *Ibidem*. p. 357.

penal, uma vez que a competência desse juízo garantidor encerrará tão logo oferecida a denúncia. Esse desenho propicia a contaminação psíquica do julgador por vieses de confirmação, ante a possibilidade de contato direto com os elementos informativos captados nas investigações inaugurais. Em razão disto, o viés confirmatório catalisado pela visão de túnel (*tunnel vision*) realça a tendência dos investigadores de rotular alguém como suspeito/indiciado e concentrarem-se somente nas evidências que apontam para a sua autoria delitiva, ignorando as que corroboram com a sua inocência. Essa espécie de vieses poderá perdurar por toda a persecução penal, até contaminar o julgador quando da prolação da sentença penal (Wojciechowski, 2021, p.64)²⁹.

Mesmo diante dispensabilidade do inquérito ou da natureza meramente indiciária das investigações preliminares, a simples instauração de um procedimento investigativo gera para o alvo investigado não meros dissabores à sua reputação pessoal e à sua tranquilidade (Pacelli, 2021, p.54)³⁰, mas já representa uma imputação em sentido amplo³¹, na medida em que pode ensejar uma prisão cautelar, oportunizar uma diligência invasiva de direitos fundamentais personalíssimos como, por exemplo, uma busca e apreensão ou interceptação telefônica, quebra de sigilo de dados bancário ou telemáticos, oitiva de testemunha cujo depoimento possa ser desfavorável ao acusado, o reconhecimento pela vítima, sem ignorar que a análise técnica imediata sobre os vestígios do crime é realizada por agentes integrantes das próprias forças policiais, com toda a estrutura e capacidade de execução proporcionadas pelo Estado.

Esse conjunto de atos possíveis, por mais que sejam suscetíveis ao controle de legalidade pelo juízo de garantias, o produto deles resultante chegará ao conhecimento do juiz do julgamento, acompanhado dos atalhos cognitivos que permearam total ou parcialmente a condução das atividades de arrecadação probatória. Diversos desses vieses podem estar intrínsecos

²⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e atuação contraintuitiva**. 2a ed., Florianópolis: Emais, 2021, p. 64.

³⁰ PACELLI, Eugenio. *Op. cit.* p. 54.

³¹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Op. cit.* p. 95.

à interpretação unidirecional dos fatos elaborada pelos investigadores e são intangíveis à filtragem pensada com a instituição dos juízes de garantias. À guisa de exemplificação, é evidenciado pelo Anuário Brasileiro da Segurança Pública 2024, que aproximadamente 70% das pessoas encarceradas é de indivíduos negros³², dando claros sinais de que o sistema de justiça criminal está contaminado por seletividade racial, a qual associa a cor ao crime. Em que pese não se possa cravar seja algo plenamente consciente, fica nítido se tratar de uma realidade estrutural e institucional de preconceito, que molda o agir, a linguagem e o pensamento de quem está inserido na rotina da persecução penal.

Apesar da previsão de controle externo da atuação policial no art. 129, VII, da Constituição e seu detalhamento contido na Lei Complementar 75/1993, as relações do mundo real revelam que esse mister não é realizado a contento. No dizer de Maria Gorete de Jesus e Mariana Possas, o inquérito policial é ainda visto tradicionalmente no Brasil como um meio para se chegar à verdade real sobre um crime mediante o necessário apontamento de um culpado(Jesus, 2023, p.182)³³ e o Ministério Público habitualmente encampa o dossiê da autoridade policial que passa a compor os termos e principal substrato da denúncia ofertada³⁴.

Em virtude desse estado da arte, contrariando o tratamento usual dado às investigações preliminares, parte-se do pressuposto de que as agências investigativas estatais encaram seu trabalho como um empreendimento epistêmico, isto é, querem afirmar uma determinada verdade, ainda que motivada por diversos fatores estranhos à técnica jurídica, sejam estes políticos, ideológicos, de diferenciação funcional, preservação da reputação e da imagem perante a sociedade ou por pressões de certos grupos com

³² FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **180 Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024, p. 360. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 11 jan. 2025.

³³ JESUS, Maria Gorete Marques de; POSSAS, Thorstensen Mariana. “Se o policial disse, tá dito!”: reflexões sobre a produção da “verdade policial” no Brasil In: MATIDA, Janaína; MOSCATELLI, Lúvia. Os fatos no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2023, p. 182.

³⁴ *Ibidem*. p. 186.

maior capacidade de mobilização. Daí porque o estudo do processo penal epistemologicamente compromissado não pode ser indiferente ao momento que lhe antecede e prepara (Matida, 2023, p. 99)³⁵.

Com efeito, a configuração atual do inquérito, inveno ao confronto dialético, o fragiliza epistemicamente, tendo em vista seu relativismo metodológico severamente refratário à contrafactualidade falsificadora, já que do ponto de vista endógeno é imbuído pela unilateralidade discursiva e discricionariedade dos métodos de perquirição da verdade. O controle exógeno realizado pelo Judiciário quanto à legalidade, legitimidade e licitude das diligências policiais praticadas de ofício ou requeridas a título de medidas cautelares, não tem o condão de avaliar a qualidade epistêmica da narrativa produzida e que resultará num recorte da verdade a ser valorado futuramente nos trâmites do itinerário processual.

Nessa perspectiva, tão logo recebida e impulsionada mediante análise de custos-benefícios uma *notitia criminis*³⁶, se deflagra uma sucessão de atos direcionados à confirmação da hipótese acusatória que recai sobre o imputado. Na esteira do que admoesta Badaró, as ações de investigação criminal são desempenhadas com grande uso da imaginação, da liberdade na seleção de dados empíricos a serem perscrutados, além de ficarem à mercê da experiência e do acúmulo de conhecimento do investigador, inclusive de suas idiossincrasias e de seus preconceitos (Badaró, 2019, p.146)³⁷. Conforme salienta (Marmelstein, 2023, p.26) a dogmática jurídica é insistentemente alicerçada na correspondência entre motivação de agir e racionalidade consciente, sendo que nem sempre as razões humanas são sedimentadas nos quadrantes da consciência, mas podem transmitir involuntariamente

³⁵ MATIDA, Janaína; MOSCATELLI, Lívia. **Investigação preliminar e injustiça epistêmica** In: MATIDA, Janaína; MOSCATELLI, Lívia. Os fatos no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2023, p. 99.

³⁶ De acordo com o Atlas da Violência de 2024, apenas 16% dos inquéritos policiais estavam respaldados em investigações criminais. Ante esse baixo percentual de apurações, concluiu o relatório que no Brasil se investiga pouco e mal, sendo priorizada a prisão em flagrante como meio mais utilizado para coleta de informações que subsidiarão o Ministério Público. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/7868-atlas-violencia-2024-v11.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2025.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019, p. 146.

os preconceitos implícitos (*implicit bias*)³⁸, cuja influência nas tomadas de decisão escapa à faculdade da deliberação, seja dissimulada ou de boa-fé. Resta claro, portanto, que a subjetividade é um traço manifesto à atividade investigativa.

Nos procedimentos investigativos se procede constantemente a escolhas relacionadas às linhas de investigação, à seleção e análise de indícios e evidências para a articulação de providências cautelares e para a confecção do relato final das apurações a ser enviado ao Ministério Público. Por mais que o inquérito não tenha força vinculante e seja dispensável, as decisões nele contidas podem gerar efeitos persuasórios com repercussão no desdobramento do processo como um todo. Com isso, sobrevêm riscos de prejuízos inestimáveis para os interesses do acusado, porquanto a presunção de inocência não alcança as impressões fincadas na mente dos agentes atuantes nos estágios subsequentes da relação processual penal.

Colocado esse cenário de difícil aferição direta, mas de possível apreensão indireta, intermediada por hipóteses e conjecturas, que são ferramentas valiosas na aquisição do conhecimento em consonância com Popper (Popper, 2010, p.104)³⁹, a intervenção defensiva se apresenta como um mecanismo de decantação da propensão incriminadora das investigações criminais oficiais, operacionalizadas numa formatação de resquícios autoritários, livre de constrangimentos epistêmicos (Streck) propiciados pelo embate em contraditório. Nessa toada, a participação proativa da defesa na qualificação dos elementos informativos equilibra o pêndulo da justiça, ampliando as chances de arquivamento do inquérito, de celebração de acordos mais legítimos ou de majoração do quantitativo de absolvições sumárias. Para que esse objetivo seja alcançado não se pode prescindir do direito à produção probatória.

³⁸ MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. 2a ed. São Paulo: Juspodium, 2023, p. 26.

³⁹ POPPER, Karl. **O problema da indução** in: MILLER, David. Popper: textos escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 104.

4 O DIREITO À PROVA DEFENSIVA E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Na contramão da doutrina majoritária (Silva, 2021, p.127) entende-se que no processo penal não sobressai a lógica do diálogo e da cooperação⁴⁰, mas do combate (Goldschmi,2015, p.306)⁴¹. A rigor, de um lado se tem a engrenagem punitiva do Estado que buscará avidamente elementos para ratificar a hipótese acusatória (Findley, 2023, p.302)⁴². De outro, o imputado, que embora se beneficie do manto protetor da presunção de inocência como uma garantia de expressão objetiva, não pode prever qual o impacto futuro das evidências colhidas na investigação preliminar, considerando o potencial dos dados probatórios iniciais ganharem destaque quando do momento da decisão judicial, que se guia pelo conjunto probatório composto pela prova produzida em contraditório e pelos elementos informativos reeditados na instrução (Prado, 2014, p. 54)⁴³.

Lançando-se essa projeção, parte-se do pressuposto da incerteza quanto ao conteúdo favorável ou desfavorável de uma sentença futura em relação à pretensão acusatória deduzida, sobretudo ao se considerar que no sistema de apreciação de provas prevalece o livre convencimento motivado, que abre margem para conclusões voluntaristas acerca dos fatos, inobstante remanesçam aspectos de controle de legitimidade e legalidade por determinação do dever de motivação destinado ao juiz. Nesse quadro, cada uma das partes deve agir para ampliar a zona de certeza quanto a um provimento judicial favorável a seus interesses, tanto mais se aproximando deste objetivo se cumprir ou liberar certas cargas, consubstanciadas nas oportunidades e possibilidades processuais (Goldshmidt, 2012)⁴⁴.

⁴⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Op. cit.* p. 127.

⁴¹ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso Vol. III: el proceso como situación jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 306.

⁴² FINDLEY, Keith A.; SCOTT, Michael S. The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases. *Findley. Wisconsin Law Review*, Vol. 2, 2006, Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1023, p. 292.

⁴³ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

⁴⁴ GOLDSHMIDT, James. *Op. cit.* p. 52.

Assevera, com razão, Salah Khaled Jr., que na epistemologia acusatória regida pela democraticidade, incumbe exclusivamente ao acusador livrar-se das cargas probatórias, não recaindo sobre o acusado a obrigatoriedade de comprovar a respectiva tese defensiva, conquanto a postura passiva levada adiante possa representar assunção de riscos, como o êxito da acusação na reunião de elementos de convicção que comprovem a sua hipótese ou a falha da defesa na contraposição aos argumentos acusatórios, culminando-se na perda de chances probatórias oportunizadas para se obstar que evidências desfavoráveis ao imputado tornem-se eventuais provas de sua culpabilidade⁴⁵.

Como regra geral, a acusação deve comprovar o fato típico, incluindo seus componentes empíricos e subjetivos. Com isso, o acusador deve evidenciar que determinado fato aconteceu (materialidade) e que o imputado foi seu autor (Rebouças, 2023, p.548)⁴⁶. Além disto, deve explicitar, a partir de inferências retiradas da própria situação fática, o elemento subjetivo dolo ou culpa, uma vez que integra o injusto penal. Assim, logrando êxito em confirmar o fato típico, a ilicitude exsurge como uma consequência lógica. Lado outro, a defesa, escudada na presunção de inocência, vale-se, normalmente, de uma postura passiva/reactiva, bastando incutir no espírito do julgador a dúvida sobre se a hipótese acusatória ocorreu como foi descrita. Firmada a incerteza, impõe-se a absolvição (*in dubio pro reo*).

Ainda predomina na doutrina e na jurisprudência, ao interpretar o art. 156, do CPP, que o ônus probatório defensivo contempla a demonstração das causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade quando suscitadas como argumentos de objeção à pretensão acusatória. Todavia, pondera-se que o ônus é atenuado, sendo suficiente a implantação de fundada dúvida no que tange à caracterização dessas excludentes, o que é acobertado pelo art. 386, VI, do CPP, para fins de absolvição do réu⁴⁷. No entanto em (Badaró, 2019, p.262), vozes dissonantes relegam à acusação não somente a prova da existência do fato constitutivo do direito de punir, mas igualmente da

⁴⁵ KHALED Jr., Salah H. **Ação, jurisdição e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 116.

⁴⁶ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. 3a ed., São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 548.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 552.

inexistência dos fatos impeditivos consubstanciados nas causas justificantes e exculpantes⁴⁸.

Seja como for, o fardo probatório imposto à acusação é rigoroso, pois deve suplantar as dúvidas razoáveis para comprovar sua hipótese incriminadora em cada um dos segmentos fáticos que a compõem⁴⁹. Por outro lado, o suporte investigativo de que dispõe o Estado proporciona uma maior capacidade de imediação com as fontes de prova e, por conseguinte, uma apropriação mais eficiente da historicidade do evento delitivo tão logo tenha acontecido. A defesa é usualmente desprovida da mesma capacidade de atuação. Há uma discrepante vantagem estrutural, tecnológica e orçamentária do Estado na execução de suas competências investigatórias sobre o particular. Essa assimetria de condições contribui para diminuir a capacidade de influência da defesa na descoberta de indícios que possam engendrar o arquivamento da investigação, o que repercute no grande quantitativo de recebimento de denúncias, assim como em défices de reconhecimento de absolvições sumárias, alargando as chances de um provimento judicial desfavorável. Por essa conjuntura, a oportunidade de indicação de provas pelo denunciado se cinge à apresentação da resposta à acusação, cujo prazo é demasiado exíguo.

Posta a situação para Rosa sobrevém a necessidade de sobrepor uma tradição arraigada de se aguardar inerte a confecção da prova oficial para só então dar início à ação defensiva, o que pode nos dias de hoje ser reputado como grave erro estratégico⁵⁰, mormente diante de um contexto em que a avaliação da culpa vem sendo cada vez mais antecipada frente ao processo, devido à expansão de instrumentos de justiça penal negociada. Endossa-se um genuíno dever de investigar (*duty to investigate*)⁵¹, um categórico “imperativo ético”⁵². Por este, a presença defensiva atuante no

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. 2019, p. 262.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 258.

⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021, p. 557.

⁵¹ *Ibidem*. p. 558.

⁵² Art. 5º, § 1º, do Código deontológico de boas práticas da investigação defensiva, editado pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM.

transcorrer das investigações se torna essencial para estabelecer um diagnóstico das oportunidades probatórias, com visto à obtenção de informações não incorporadas à investigação oficial. Além do mais, permite-se a checagem da idoneidade procedimental, a fim de certificar se nenhum meio de prova foi deliberadamente suprimido ou omitido em desfavor do imputado.

É salutar que o vazio normativo acarreta impactos na execução prática desse poder-dever. A polícia e o Ministério Público podem impor dificuldades de acesso a diligências em execução, ao local de ocorrência do delito, ao acompanhamento de prova técnica. Por sua vez, a defesa não dispõe de poder de convocação de testemunhas, podendo apenas enviar convite para prestar esclarecimentos, na expectativa de colaboração da pessoa convidada. Soma-se a esses problemas a carência de estruturas adequadas para produção de contraprovas periciais, de logística para deslocamentos que se fizerem necessários para imediação com a fonte de prova, de recursos para a contratação de equipes especializadas parceiras que possam contribuir com a elaboração de análises técnicas importantes para o deslinde da causa. No entanto, a ausência de regramento específico da investigação defensiva, por si só, não é óbice a que os advogados e defensores públicos a desempenhem da forma como for mais conveniente à eficiência da defesa técnica criminal. Os disciplinamentos éticos já existentes tanto para os advogados, quanto para os defensores públicos, são satisfatórios para coibir qualquer abuso, sem se esquecer dos tipos penais que podem incidir em caso de conduta criminosa. Adite-se ainda as normas e entendimentos jurisprudenciais que vedam a prática de ilicitudes na arregimentação probatória.

Nada obstante, com a ruptura do monopólio probatório estatal⁵³, a defesa fica autorizada a inventariar elementos materiais e declarações testemunhais pertinentes à desconstituição da imputação. Ingressa também nesse feixe de poderes-deveres em proveito da qualidade e da quantidade dos meios de prova disponíveis, o escrutínio à cadeia de custódia do material reunido nas investigações, no que toca à averiguação de possível seletividade

⁵³ ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.* p. 560.

abusiva na condução das operações investigativas⁵⁴. Compatibiliza-se a essa postura a faculdade de colher evidências que possam ter passado despercebidas pelos investigadores e que sejam relevantes para a elucidação dos fatos, recobrar linhas investigativas que tenham sido abandonadas, apontando circunstâncias com o intuito de esclarecer de maneira mais apropriada o caso (SILVA, 2021 p. 535)⁵⁵. Para tanto, como adverte Prado(2014) é fundamental o conhecimento das fontes de prova pela defesa, uma vez que a experiência histórica contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégias das agências repressoras para acobertar investigações maculadas por ilicitudes⁵⁶.

Por essas considerações Taruffo(2014), desponta o direito à prova como condição de efetividade⁵⁷ de todas as demais garantias dedutíveis da cláusula geral do devido processo e mantém íntima conexão com o contraditório no sistema processual de partes. Nesse sentido Silva(2019), o direito à prova defensiva conclama a propositura e produção de todas as provas capazes de propiciar o acolhimento da versão da defesa ou o não acatamento da hipótese acusatória, abrangendo, também, o direito de não ser prejudicado pelo seu exercício, seja pela dificuldade de acesso às fontes de provas favoráveis⁵⁸, seja também, acrescenta-se, pelo excesso de iniciativa probatória quando mais conveniente seria manter-se em silêncio. Essa ressalva é salutar, pois o comportamento proativo da defesa na fase preambular pode causar a sensação de se induzir o imputado a cair numa armadilha, a par de estar exercitando um poder ou faculdade que, a princípio, proporciona a equalização de forças com o Estado acusador.

É importante consignar que a incidência do contraditório nas investigações estatais situa-se nas dimensões da informação, participação

⁵⁴ *Ibidem.* p. 561.

⁵⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Op. cit.* p. 535.

⁵⁶ PRADO, Geraldo. 2014. p. 48.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54.

⁵⁸ SILVA, Bernardo Braga e. O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano. Tese de doutorado. **Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: 2019, p. 41.

e reação, sendo que nestas duas, a defesa tem que ser cautelosa para não municiar a acusação. Por isso para Anderson(2005, p.232), a atenção deve ser constante tanto em relação aos próprios movimentos como aos do adversário e aos do eventual julgador, não se permitindo perder uma visão global do jogo que caracteriza o caso penal⁵⁹. Num sistema de partes e de interconexão entre os estágios pré e processual, é determinante que os advogados, defensores e seus representados se percebam como tomadores de decisão⁶⁰. Para tanto, não se prescinde que a defesa técnica se invista no exame capacitado de probabilidades da aplicação do direito nas instâncias em que atuar, incluindo o cálculo sobre a relevância persuasória da evidência detectada em benefício do indiciado.

É cediço que pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*, que respalda o direito ao silêncio e à não autoincriminação, os acusados em geral não podem ser obrigados a produzir provas contra si mesmos e nem a colaborar com as autoridades estatais. Trata-se na visão de Nucci, (2015, p. 342), de uma emanção da presunção de inocência como regra de tratamento e probatória, cujo efeito é impor uma imunidade⁶¹ ao ímpeto investigativo movido pela imaginária detecção de uma verdade real a todo custo. A referida diretriz tem seu núcleo protetivo composto por três dimensões, consistentes no direito de não declarar, no direito de não declarar contra si mesmo e no direito de não se confessar culpado (Rebouças,2017)⁶². Dadas essas vertentes, se, por exemplo, a defesa durante a investigação defensiva promove a oitiva documentada de uma testemunha cujo depoimento não foi colhido na investigação oficial, e vem a identificar um fato capaz de agravar a situação do defendido, pode se esquivar de utilizar tais declarações, a bem da estratégia defensiva, como, não ser compelido a fornecê-las para

⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. Florianópolis: Emais, 2020, p. 110.

⁶⁰ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. 2a ed. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 232.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 342.

⁶² REBOUÇAS, Sérgio. *Op. cit.* p. 97-98.

as autoridades investigativas, sob pena de violação não somente do sigilo profissional entre defensor e representado, mas, especialmente, da garantia ora versada.

Imagine-se ainda uma situação em que a atividade investigatória manejada pela defesa descubra uma evidência forte favorável à situação jurídica do imputado. Caso o advogado ou defensor perceba um cenário tendente ao oferecimento da denúncia, independentemente de qualquer elemento novo exculpante apresentado pelo investigado nos autos do inquérito policial, pode utilizá-la objetivando trancar o inquérito ou ação penal, via *habeas corpus*, ou modular a apresentação da informação benéfica para o momento da resposta à acusação, visando uma absolvição sumária ou o não recebimento da denúncia.

É perceptível que o sistema processual penal brasileiro vem recebendo influxos do sistema adversarial estadunidense e um deles, pode-se dizer, é o procedimento da *discovery* ou *duty to disclosure*. Trata-se, sumariamente, de uma fase preliminar de aferição e compartilhamento dos elementos probatórios arrecadados pelas partes, cujo objetivo principal é evitar o fator surpresa na fase de julgamento e incentivar a conciliação reduzindo a quantidade de demandas que aportam no Judiciário (Silva, 2023, p.38)⁶³. Regras mais claras desse modelo foram forjadas no julgamento da Suprema Corte Americana do caso *Brady v. Maryland (1963)*. Neste julgado, ficou estabelecido que os promotores, na fase pré-julgamento, devem compartilhar suas evidências de forma transparente e de boa-fé, além de não violar a cláusula do devido processo com a supressão de provas favoráveis à defesa (Brady, 1963)⁶⁴. É um dever constitucional do investigador/acusador, a despeito de a prática demonstrar um cumprimento oportunista dessa prescrição, com a intenção de subjugar a defesa (Alschuler, 1974, p. 122)⁶⁵.

⁶³ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Op. cit.* p. 308.

⁶⁴ BRADY v. MARYLAND, 373 US 83 (1963). **JUSTIA U.S. Supreme Court**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases>. Acesso em: 07 jan. 2025.

⁶⁵ ALSCHULER, Albert. The defense attorney's role in Plea Bargaining. **84 Yale Law Journal** 1179 (1974), p. 1229. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/defense-attorneys-role-plea-bargaining>. Acesso em: 07 jan. 2025.

Por seu turno, o modelo de investigação defensiva da Itália, regulado expressamente na legislação processual penal do país, prevê a instauração de um inquérito defensivo perante um órgão jurisdicional, análogo ao modo como transcorre o inquérito policial aqui no Brasil. Ocorre que essa formalização gera perplexidades porque uma vez inserida a prova defensiva nos autos, esta fica acessível ao acusador. Esse fator pode ser prejudicial à estratégia da defesa e ao direito à não autoincriminação, caso não haja uma seleção cuidadosa daquilo que irá compor o acervo documental depositado em juízo, o que é autorizado pela legislação italiana justamente para preservar a relação de confiança entre o imputado e seu advogado ou defensor.

Por óbvio, a comparação com o sistema processual brasileiro não admite uma total coincidência, mas possibilita a assimilação de influências, desde que adaptadas à axiologia constitucional e às normas convencionais de direitos humanos. Nesses termos, ao advogado ou defensor deve ser assegurada a liberdade para apresentar ou não os elementos informativos obtidos com a atividade de apuração própria, conforme conveniente ao bom desempenho da defesa técnica, estando plenamente salvaguardada pelo direito à não autoincriminação (Taylon, 2020)⁶⁶. No mesmo trilhar, objetiva-se qualquer imposição de desvelamento de provas defensivas em favor das instâncias oficiais de investigação. Contudo, os elementos probatórios coletados pela polícia ou pelo Ministério Público, desde que documentados, devem ser largamente acessíveis ao imputado e a seu defensor ou advogado, assim como as evidências favoráveis à inocência do investigado devem ser fornecidas à defesa. Agrega-se a isto, o direito de a defesa conhecer a totalidade dos elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, com a finalidade de detectar ilicitudes probatórias, avaliar a correção do juízo de imputação, controlar os excessos e abusos da acusação, além de preparar contraprova (Prado, 2014, p41)⁶⁷. Considerando que o propósito do processo penal é funcionar como uma garantia do acusado em face do Estado na

⁶⁶ TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva**. Gramado-RS: ICCS, 2020, edição Kindle, posição 1187.

⁶⁷ PRADO, Geraldo. 2014. p. 41.

aplicação da pena, essa extensão da não autoincriminação na investigação defensiva não incorre em vulneração à paridade de armas, mas, ao revés, a afirma à luz do garantismo penal, pois o Estado continua a dispor de um aparato técnico-investigativo muito superior e indisponível ao particular.

Vale dizer, com apoio em Franklyn Roger, que o advogado ou o defensor não tem qualquer obrigação de cooperar ativamente com a polícia ou com o Ministério Público, podendo manter-se inerte, preservando com essa postura o vínculo de confiança de que deve se revestir o relacionamento entre imputado e seu defensor técnico. Disto deriva que qualquer conduta que possa prejudicar deliberadamente o defendido, como, por exemplo, a identificação e compartilhamento de elementos informativos desfavoráveis à inocência do investigado, encontrados durante a pesquisa defensiva por provas, pode acarretar a tipificação do crime de patrocínio infiel, previsto no art. 355, do CP⁶⁸. Nesses moldes, a defesa técnica deve atuar estrategicamente, sempre mirando os caminhos que melhor preservem os interesses de seu patrocinado, podendo atuar ou não proativamente dentro de uma investigação oficial em curso ou em uma busca paralela por evidências favoráveis à defesa, a depender da conveniência das circunstâncias do caso concreto.

Forçoso lembrar que a investigação defensiva persegue objetivos diversos da apuração estatal e é autônoma a esta. É, por excelência, parcial e unilateral, orientada a ampliar as garantias de defesa na persecução penal, aplicando-se a ela a mesma cobertura protetiva do mosaico de garantias processuais fundamentais integrantes do estatuto constitucional do direito de defesa. Contudo, deve observar os direitos e garantias fundamentais de terceiros, cumprir minimamente algumas formalidades para assegurar um mínimo de fiabilidade probatória, tendo, por esses atributos, valor informativo e persuasório, mas não probatório em sentido estrito.

Inexiste, portanto, uma incompatibilidade ou conflito de papéis entre a investigação defensiva e o princípio da presunção de inocência e seus consectários entre os quais a não autoincriminação. A ausência de

⁶⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Op. cit.* p. 564.

regulamentação da atividade defensiva é um obstáculo não desprezível ao seu exercício pleno, mas não lhe é impeditivo absoluto, contanto que observados os limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação defensiva é uma garantia fundamental do imputado derivada do princípio da paridade de armas e capitaneada pelo devido processo justo, dentro de um sistema acusatório de partes guiado pelos ideais garantistas de implementação de garantias essenciais à ampliação do direito de defesa, como imposição de limitação ao excesso de poder estatal. Seus objetivos podem ser sintetizados em evitar o oferecimento e recebimento da denúncia, contrapor e perquirir fontes de provas e realizar o controle de legalidade sobre os elementos probatórios coletados na fase investigativa. A investigação defensiva independe da edição de lei ou ato normativo para ser exercida, conquanto careça de regulação para verificação de suas possibilidades e de seus limites.

Por sua tendência à transvaloração na etapa de julgamento, o inquérito policial deve ser encarado como parte inicial integrante da persecução penal e as informações nele angariadas, como elementos formadores de um discurso acusatório que se pretende verdadeiro e digno de consideração para efeito de aplicação da pena. Assim sendo, a investigação defensiva se justifica como uma garantia de controle epistêmico da atividade apuratória estatal que é, via de regra, impulsionada por vieses de confirmação da culpabilidade, servindo ainda como um importante mecanismo de dialeticidade na fase de formação da prova.

Para o cumprimento desse objetivo, o direito à prova defensiva se apresenta como meio essencial ao exercício do contraditório e da ampla defesa numa perspectiva de incerteza que subsiste na relação processual quanto a um provimento favorável. Considera-se ainda a fragilidade objetiva da presunção e inocência no curso das investigações como fator catalisador de uma postura proativa da defesa, tanto no bojo de inquéritos em andamento

quanto em linha paralela à investigação oficial. No entanto, o advogado ou o defensor, na realização dessa atividade, deve agir estrategicamente, evitando municiar a acusação a partir de uma leitura global do caso sob sua responsabilidade. Diante da possibilidade dessa modulação, arremata-se sustentando que não há conflito entre a investigação defensiva e o princípio da não autoincriminação, uma vez que qualquer diligência efetuada nesse ímpeto não será objeto de compartilhamento necessário com a acusação ou com a polícia, ficando a cargo do advogado e seu defensor a conveniência e oportunidade da produção e apresentação das evidências coletadas na pesquisa probatória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSCHULER, Albert. **The defense attorney's role in Plea Bargaining**. 84 Yale Law Journal 1179 (1974). Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/defense-attorneys-role-plea-bargaining>. Acesso em: 07 jan. 2025.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. 2a ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRADY v. MARYLAND, 373 US 83 (1963). **JUSTIA U.S. Supreme Court**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases>. Acesso em: 07 jan. 2025.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Florianópolis: Emais, 2023.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FINDLEY, Keith A.; SCOTT, Michael S. The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases. Findley. **Wisconsin Law Review**, Vol. 2, 2006, Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **180 Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 11 jan. 2025.

GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal I: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso Vol. III: el proceso como situación jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

JESUS, Maria Gorete Marques de; POSSAS, Thorstensen Mariana. “Se o policial disse, tá dito!”: reflexões sobre a produção da “verdade policial” no Brasil In: MATIDA, Janaína;

MOSCATELLI, Livia. **Os fatos no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

KHALED Jr., Salah H. **Ação, jurisdição e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A investigação preliminar no processo penal**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. A investigação criminal defensiva. Dissertação de mestrado – **Universidade de São Paulo**. São Paulo: 2009.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. 2a ed. São Paulo: Juspodium, 2023.

MATIDA, Janaína; MOSCATELLI, Lívía. **Investigação preliminar e injustiça epistêmica** In: MATIDA, Janaína; MOSCATELLI, Lívía. Os fatos no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 4a ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

PEREIRA, Gustavo Alberine. Investigação defensiva no Brasil: limites e possibilidades: limites e possibilidades no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado – **Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

POPPER, Karl. O problema da indução in: MILLER, David. **Popper: textos escolhidos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. 3a ed., São Paulo: D'Plácido, 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. Florianópolis: Emais, 2020.

SANTOS, Alexandre César dos. **Investigação criminal defensiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SILVA, Bernardo Braga e. O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano. Tese de doutorado. **Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4a ed. São Paulo: Juspodium, 2023.

TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva**. Gramado-RS: ICCS, 2020, edição Kindle.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e atuação contraintuitiva**. 2a ed., Florianópolis: Emais, 2021.

O *Standard* de Prova para a Condenação em Crimes Vagos

Jônatas Alexandre Rocha Júnior¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Problemas processuais penais dos crimes vagos. 2.1. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório. 3. Teoria dos *standards* de prova. 3.1. Propostas de *standards* de prova. 3.2. A concepção de política criminal de Claus Roxin aplicada aos crimes vagos e *standards* de prova. 4. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade penal, pilar de todo Estado que se pretenda democrático e de direito (Batista, 2011, p. 65)², é desafiado pelas transformações sociais que marcam a transição do período moderno para o período contemporâneo. Se em uma sociedade pós-industrial a “produção social de riqueza é acompanhada pela produção social de riscos” (Beck, 2002, p. 23)³, as velhas fórmulas de criminalização centradas no dano tornam-se insuficientes, cedendo frente a uma crescente criminalização do risco (Fernandes, 2024)⁴.

¹ Mestrado em Direito pela Universidade de Federal do Ceará – UFC. Link de lattes: <http://lattes.cnpq.br/0074607387454744> Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-7428-2621>. E-mail: jjalexandre.fadir@alu.ufc.br

² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34.

⁴ FERNANDES, Alessandro. Direito penal econômico na sociedade de risco: uma análise crítica da legislação brasileira à luz da Escola de Frankfurt. **Revista de Derecho**, n. 30, e4087, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.22235/rd30.4087>. Acesso em: 14 jan. 2025.

Em que pese esses novos tipos de criminalização serem necessários frente à configuração social vigente (Sanchez, 2006, p. 13)⁵, a consequência imediata dessa tendência é uma maior abstratização dos tipos penais. Assim, se os tipos penais do período moderno tinham um maior nível de concretude e afetavam bens jurídicos individuais, os tipos penais da contemporaneidade têm por escopo a proteção de bens jurídicos difusos e coletivos, tendo, por conseguinte, um maior nível de abstratização (Bottini, 2007)⁶.

Dessa forma, ganha cada vez mais espaço, por exemplo, o campo do direito penal econômico e do direito penal ambiental, caracterizados por tipos penais abertos, isto é, de preceito primário amplo e elementares que tendem à imprecisão de conceitos, pela proteção de bens jurídicos difusos, como o sistema financeiro ou o meio ambiente, e por processos de desvitimização- criação de tipos sem vítima imediata (Rebouças, 2019)⁷.

Nessa conjectura, a legalidade penal tem seus contornos repensados, visto que é necessário lidar com os problemas resultantes da imprecisão dos tipos penais. A declaração de inconstitucionalidade de tipos demasiadamente abertos, em que pese desejável, é pouco factível, sobretudo considerando o *déficit* de legitimidade do judiciário – poder não eleito- para remover do ordenamento jurídico normas produzidas pelo legislativo – poder eleito. Assim, uma via para lidar com a imprecisão de conceitos está no campo da interpretação, conforme Viana (2021)⁸.

Sem embargo, as consequências da criação de tipo vagos impacta diretamente o campo do processo penal. À semelhança de Pastor (2004)⁹,

⁵ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos. **Revista General de Derecho Penal**, ISSN-e 1698-1189, n. 7, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2292776> . Acesso em: 21 jan. 2025.

⁷ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Victimization and desvictimization in the criminal law of risk: a victimological approach in the scope of the 'delitos sin víctima'. **Revista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza**, v. XIII, maio 2019. Bologna, Itália. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8187700> Acesso em: 21 jan. 2025.

⁸ VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance**, v. 1, n. 2, 2021

⁹PASTOR, Daniel. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 52, 2004.

que identificou os problemas processuais penais dos crimes de posse, o presente trabalho tem por escopo identificar os problemas processuais penais dos crimes vagos e propor medidas de contenção a partir da teoria dos *standards* de prova.

2 PROBLEMAS PROCESSUAIS PENAIS DOS CRIMES VAGOS

O tipo penal é composto por um preceito primário, que define o conteúdo do injusto, e um preceito secundário, que comina as penas. O preceito primário, por sua vez, define o conteúdo do injusto individualizando seus elementos ou elementares, que podem ser objetivos, subjetivos ou normativos (Bitencourt, 2022)¹⁰. Dado crime pode ser classificado como vago quando o seu preceito primário é dotado de certo grau de imprecisão, isto é, quando a redação das elementares do tipo possibilitarem interpretações diversas e igualmente possíveis sobre os limites do injusto (Tavares, 2020, p. 70 e ss.)¹¹.

Um exemplo de crime vago é o delito de gestão temerária, positivado no art. 4º, parágrafo único da Lei n.º 7.492/1986 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional), com a seguinte redação: “se [a gestão] é temerária”. Como é possível observar, o delito em questão usa uma redação que possibilita múltiplas interpretações igualmente plausíveis, sem precisar o que se entende por “temerário”.

Com efeito, para além dos múltiplos problemas relacionados ao esvaziamento do princípio da legalidade¹², a inserção de crimes vagos no ordenamento jurídico cria obstáculos à efetivação do direito ao devido processo legal e à ampla defesa, pois existe uma vinculação entre o conteúdo do injusto e o *thema probandum* do processo.

Para Tourinho Filho (2013, p. 233)¹³, a prova é o instrumento de verificação do *thema probandum*, de modo que o *thema probandum* é o objeto da

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

¹¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

¹² Que não serão explorados em razão de não serem objeto deste trabalho.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 3. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

prova, daquilo que se pretende provar. No processo penal, o *thema probandum* do processo, para além da antijuridicidade e culpabilidade, corresponde aos estritos limites das elementares do tipo penal. Tendo como exemplo a imputação do crime de furto, previsto no art. 155 do Código Penal, no curso do processo deve ser provado que o acusado subtraiu para si ou para outrem coisa alheia móvel, sob pena de absolvição com fulcro no art. 386 do Código de Processo Penal.

As próprias hipóteses de absolvição previstas no art. 386 do Código de Processo Penal, com exceção dos incisos VI e VII, correspondem a aspectos do fato em tese típico, ou a aspectos relativos à tipicidade, isto é, à relevância penal do fato imputado que foi comprovado em juízo, constatada ou não a partir de um juízo silogístico entre as elementares do tipo e o que ocorreu no mundo dos fatos (Toledo, 1995, p. 84)¹⁴.

Nessa conjectura, se o tipo penal não delimita as fronteiras do injusto, isso resulta em obscuridade, imprecisão e vagueza na definição do próprio objeto da prova. Se não é possível, por exemplo, definir, *a priori*, o que é ou não temerário, não é possível ao réu exercer seu direito de defesa sobre aquilo que está sendo imputado, haja vista que o tipo não fornece as balizas necessárias para sanear o processo em matéria de prova.

Tal situação, se não for devidamente amenizada, potencialmente viola garantias fundamentais do cidadão, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Rogério Lauria Tucci defende que o devido processo penal especifica-se, dentre outras garantias, a partir da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes (Tucci, 2011, p. 66)¹⁵. Ora, como veremos adiante, o pleno conhecimento dos fatos que podem resultar em uma condenação e sua adequação jurídica é um pressuposto fundamental para que a defesa do indiciado ou acusado seja, de fato plena.

¹⁴ TOLEDO, Francisco Assis de. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

2.1 Devido processo legal, ampla defesa e contraditório

Ao avaliar os impactos da criação de tipos vagos nos direitos fundamentais processuais dos litigantes, é necessário considerar que a finalidade precípua do processo penal é a preservação da liberdade, visto que “a punição, como um dos resultados possíveis do processo penal, se alocado como sua finalidade prioritária, desloca a preservação da liberdade para um plano inferior e incrementa a criação de mecanismos jurídicos subordinados a um ideal punitivista” (Choukr, 2018, p. 20)¹⁶.

As experiências históricas nos demonstram que quando a eficiência da persecução penal entra em conflito com o núcleo basilar dos direitos fundamentais dos investigados, estes devem ser prestigiados no juízo de ponderação, visto que, em um Estado de Direito, o fim último do processo penal é “a restrição e controle da legitimidade do exercício do poder pelo Estado” (Casara, 2013, p. 101-103)¹⁷. Assim, somos filhos do iluminismo, mas netos da inquisição (Zaffaroni, 2013)¹⁸.

Se o direito penal e o processo penal contemporâneos são frutos de uma tradição liberal pautada no princípio da dignidade da pessoa humana enquanto filosofia de Estado, as práticas inquisitórias de períodos anteriores continuam existindo de modo latente, em alguns casos evidentes, nas práticas dos agentes que protagonizam a persecução penal (Lopes Jr., 2011, p. 70)¹⁹. Destarte, é necessário ter como pressuposto uma hermenêutica orientada à máxima realização dos direitos fundamentais dos investigados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas (Alexy, 2008, p. 90)²⁰.

Partindo desse pressuposto teórico, passemos aos direitos processuais fundamentais potencialmente violados pela tipificação de delitos vagos.

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

¹⁷ CASARA, Rubens Roberto Rabello. **Teoria do processo penal brasileiro. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

O devido processo legal, positivado no art. 5º, LIV da Constituição da República, consubstancia um macroprincípio, isto é, um “núcleo de convergência e uma condensação metodológica de todos os princípios constitucionais” (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2020, p. 108)²¹. Dessa forma, nessa norma matriz de convergência, encontram-se os postulados do contraditório, ampla defesa, isonomia, paridade de armas etc.

O devido processo legal, inobstante, não é, no campo criminal, um instituto estritamente processual. Há nele uma dimensão material, pois limita o legislador, exigindo que as leis editadas sejam razoáveis e proporcionais (Mesquita, 2006)²². No âmbito do direito penal, limita-o a partir da exigência de que as leis penais incriminadoras sejam certas, claras e precisas (Lopes, 1997, p. 109)²³. Dessa forma, esse instituto de direito processual está intimamente relacionado ao chamado princípio da taxatividade, de natureza material.

A taxatividade exige que os preceitos penais sejam formulados com precisão, atuando em três instâncias: na perspectiva da comunidade, possibilita que as pessoas conheçam claramente as condutas proibidas e as consequências legais, na do legislador, exige que crie leis penais detalhadas, evitando termos vagos que permitam interpretações arbitrárias; e na do julgador, garante que a aplicação da lei seja restrita ao que foi explicitamente previsto, vedando a analogia *in malam partem* (Olivé et al., 2017, p. 87-88)²⁴.

Com efeito, só é possível existir um substantivo devido processo legal se as leis penais forem, de fato, taxativas, pois leis irrazoáveis, vagas, abstratas, inviabilizam o exercício dos direitos fundamentais relativos ao processo. Se para Tourinho Filho a prova é o instrumento de verificação

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

²² MESQUITA, Gil Ferreira. Devido processo legal e princípio da proporcionalidade: uma análise comparada entre Brasil e Estados Unidos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92748>. Acesso em: 21 jan. 2025.

²³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Direito penal, estado e constituição**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

²⁴ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Nuñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

do *thema probandum* (Tourinho Filho, 2013, p. 233), o tipo penal delimita a questão a ser provada.

Tendo como exemplo a imputação do crime de furto, no curso do processo deve ser provado que o acusado subtraiu para si ou para outrem coisa alheia móvel. Do contrário, deve ser absolvido com fundamento no art. 386 do Código de Processo Penal. As hipóteses de absolvição, salvo se por inimputabilidade, estão correlacionadas ao tipo.

Assim, um tipo obscuro, impreciso e vago (em violação ao princípio da taxatividade) resulta em uma obscuridade, imprecisão e vagueza na definição do objeto da prova, sob o qual recai os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (devido processo legal). Em outros termos, uma ampla defesa só é viável a partir do pleno conhecimento da imputação (Campos, 2021, p. 127)²⁵, o que não se sustenta diante de um tipo que esvazia o *thema probandum* do processo.

Se o contraditório é fruto do trinômio *informação-reação-possibilidade de influir na conclusão do julgador* (Câmara, 2022)²⁶, não há como oportunizar a reação ante a denúncia, que imputa um tipo, sem que o próprio tipo penal informe ao jurisdicionado quais os pressupostos de fato são necessários para que haja a condenação. Sem essa clareza, o devido processo legal resta prejudicado. Por outro lado, a possibilidade de imputar delitos cujas elementares são indeterminadas, não há como o réu utilizar-se de “amplos e extensos métodos para defender-se da imputação” (Nucci, 2022, p. 5)²⁷, não podendo exercer, assim, sua ampla defesa.

Tamanha é a importância dessas balizas que, em situações extremas, sua violação abre espaço para o totalitarismo. O Estado totalitário nazifascista alemão desconstruiu a república de Weimar a partir da paulatina inserção de conceitos vagos no ordenamento jurídico, especialmente com o fim de que a lei se adequasse à ideologia nacional-socialista (Abboud, 2021, p. 133)²⁸.

²⁵ CAMPOS, Gabriel Silveira Queiroz. **Princípios de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2021.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2022.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

²⁸ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

No âmbito penal, os inimigos do regime foram amplamente perseguidos por meio da criação de crimes habituais, cuja legitimação baseou-se em conceitos vagos e indeterminados, como “pessoas estranhas à comunidade” ou “culpabilidade por condução de vida” (Conde, 2005, p. 51).²⁹

Não obstante, a doutrina majoritária entende que a criminalização de tipos vagos é, até certo ponto, legítima (Rebouças, 2020, p. 124)³⁰. Em uma sociedade pós-industrial, não é possível lidar plenamente com a gestão dos riscos sem recorrer a essa fórmula. Nesse sentido, o desafio que persiste é como lidar com essa espécie de delito a partir de um processo penal que leve a sério o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

3 TEORIA DOS STANDARDS DE PROVA

No campo do processo penal, poucos assuntos foram tão debatidos nas últimas décadas na literatura internacional quanto a questão da valoração da prova. Se o sistema do livre convencimento motivado tem prevalecido nos Estados democráticos de tradição continental, em detrimento da prova legal ou tarifada e da íntima convicção, a ausência de parâmetros mais ou menos objetivos de sopesamento probatório cria um cenário deveras desconfortável, na medida em que o peso que cada prova terá para o resultado do julgamento dependerá, em certa medida, do subjetivismo do julgador (Beltran, 2001, p. 61)³¹.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, o sistema da persuasão racional ou livre convencimento implica que “o juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade em sua apreciação”; ou seja, [...] “confere-se ao juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão” (Tourinho Filho, 2012, p. 67)³². No entanto, se tal sistema, contraposto à prova tarifada ou à íntima convicção,

²⁹ CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo**. 4. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2005.

³⁰ REBOUÇAS, Sérgio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

³¹ BELTRAN, Jordi Ferrer. **La varcion racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 1. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ganhou preferência nos países de matriz *civil law* por entender-se ser mais compatível com a ordem constitucional, isso não significa que não necessite de aperfeiçoamento.

Se provar implica “demonstrar a verdade de uma proposição afirmada” (Tourinho Filho, 2012, p. 67), ou “tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio” (Nucci, 2022, p. 27), é imprescindível que existam mecanismos que possibilitem a devida análise do acerto ou erro do sopesamento probatório feito pelo julgador, o que, *a priori*, não é possível a partir do livre convencimento motivado se calcado exclusivamente nas regras epistemológicas da experiência e da lógica.

Isto é, confiar o trabalho de decidir única e exclusivamente à convicção dos juízes, ainda que baseada na experiência e na lógica, em um sistema que se pretenda verdadeiramente democrático, é temerário. Para Badaró, a decisão judicial deve basear-se em padrões objetivos ou ao menos intersubjetivamente controláveis, não podendo ser fruto de mera subjetividade do julgador (Badaró, 2021, p. 483)³³. Assim, o juiz não deveria poder decidir conforme quer. Antes, deveria condicionar o resultado do seu julgamento ao atendimento de critérios e padrões previamente estabelecidos.

Os *standards* de prova, nesse contexto, são parâmetros abstratos que orientam o julgador na valoração judicial da prova (Peixoto, 2021)³⁴ ou “o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada” (Peixoto, 2020)³⁵. Tais *standards* ou padrões não são frutos de uma análise epistemológica, mas, antes, uma decisão de cunho político. Em última instância, definir um *standard* de prova é gerir a tolerância do sistema ao risco de erros judiciais (Beltran, 2021, p. 115)³⁶.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

³⁴ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. 2020. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

³⁵ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. 2020. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

³⁶ BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons. 2021.

Conforme Fernando Braga Damasceno, erro judiciário (ou erro na valoração da prova) se refere ao descumprimento de critérios que condicionam a tomada de decisão, culminando em falsos positivos (condenação de inocentes) ou falsos negativos (absolvição de culpados) (Braga Damasceno, 2023)³⁷. Não obstante, para os limites desse trabalho, o conceito de erro judiciário adotado será estritamente o falso positivo, pois é um resultado mais tolerável a partir dos pressupostos hermenêuticos adotados. Nas palavras de Rui Barbosa, “mais vale escaparem cem criminosos que perigar um inocente” (Barbosa, 1947, p. 41).

3.1 PropoGas de *Jandards* de prova

O tema dos *standards* de prova vem sendo amplamente debatido pela doutrina. Ao longo das décadas, diversas propostas foram traçadas em diferentes sistemas jurídicos. Para os estritos limites desse trabalho, é mister traçar um panorama geral do estado da arte, em uma análise não exaustiva das principais proposições sobre o tema.

Nos Estados Unidos, propõe-se diversos *standards* para as várias espécies de processo; no campo do direito processual civil, o resultado do julgamento depende de ao menos uma *prova preponderante*, ao passo que no campo do direito processual penal, sugere-se que a condenação deve ocorrer sempre que o julgador firmar sua convicção *para além de qualquer dúvida razoável* (Borges De Sousa Filho, 2022)³⁸.

Não obstante, tal proposta acaba, em última consequência, não fornecendo parâmetro algum para avaliar o acerto de determinado resultado probatório. O conceito de dúvida razoável é deveras subjetivo. A expressão

³⁷ BRAGA DAMASCENO, Fernando. Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1213-1256, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.900>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/900>. Acesso em: 21 jan. 2025.

³⁸ BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/685>. Acesso em: 21 jan. 2025.

razoável não pode ser entendida em sentido lógico, “pois sempre será razoável a possibilidade contrária” (Badaró, 2018). Além disso, remediar o problema sugerindo que o julgador deve decidir como se estivesse tomando uma decisão importante em sua vida, por exemplo, não resolve a vagueza da proposta, na medida em que muitas- se não a maioria- das decisões que tomamos lastreiam-se de muita incerteza (Badaró, 2021, p. 483).

Apegar-se a critérios como o da pessoa prudente ou ainda o da estabilidade subjetiva da decisão amparam o conceito de dúvida razoável, já bastante intersubjetivo, a critérios ainda mais subjetivos e vagos. Prudência não tem relação com dúvida ou certeza, mas com correr mais ou menos risco. A estabilidade temporal da decisão, igualmente, não fornece qualquer dado relevante sobre se o que foi decidido está correto ou equivocado, visto que alguém bem-intencionado pode, por anos, estar convicto de uma proposição equivocada (Badaró, 2018). Portanto, a proposta da prova para além de qualquer dúvida razoável não é satisfatória.

Partindo dessas críticas, Jordi Ferrer Beltran propõe *standards* de prova alternativos. Para ele, a formulação dos *standards* de prova deve ser suficientemente precisa para viabilizar o controle intersubjetivo de sua aplicação. Isso implica que o padrão deve ser definido tal forma que os agentes do sistema de justiça criminal o entendam e o apliquem de maneira consistente. A clareza e a precisão são essenciais para garantir uma aplicação justa e uniforme, minimizando interpretações subjetivas e assegurando um critério compreensível para avaliar a força probatória (Beltrán, 2007, p. 146).

No livro “Prova sem convicção”, o autor propõe sete diferentes *standards* de prova, a fim de exemplificar o modo como o legislador poderia regulamentar a matéria. A característica principal do que autor propõe é vincular a valoração dos fatos à comprovação dos substratos que compõem a hipótese de acusação, bem como a relação entre a hipótese de acusação e os fatos que podem a desconstituir (Beltran, 2021, p. 198).

Para crimes menos graves, propõe que a hipótese deve explicar os dados disponíveis de forma coerente, possibilitando a previsão de novos

dados que devem ser confirmados de modo real. Em paralelo, todas as outras hipóteses plausíveis devem ser refutadas, excetuando-se hipóteses *ad-hoc* (Beltran, 2021, p. 209). Em contrapartida, para crimes mais graves, a hipótese deve ser mais provavelmente verdadeira que a hipótese da parte contrária à luz dos elementos de julgamento existentes no processo (Beltran, 2021, p. 215).

A despeito do mérito de propor critérios que independam da convicção do julgador (Beltran, 2021, p. 120), a metodologia proposta por Ferrer é criticável na medida em que gradua o *standards* de prova conforme a gravidade em abstrato dos crimes. Considerando que a presunção de inocência, enquanto norma de julgamento, possui estrutura de regra e exige um altíssimo grau de confirmação da hipótese acusatória para fins de , não seria possível graduar os *standards* de prova. O *standard* de prova sempre será altíssimo.

Criticando tal abordagem, Gustavo Badaró entende que não basta uma mera coerência na análise comparativa de dados. É necessário que se prove o fato delituoso e todas as circunstâncias com robustez, de tal modo que se chegue a um padrão de certeza próximo a realidade (Rebouças, 2022, p. 646). Assim, defende que o *standard* de prova necessário à condenação deve decompor a hipótese acusatória, fazendo uma análise de cada elemento de fato que a integra isoladamente, de modo que todos os elementos devem ser comprovados e corroborados com um altíssimo grau de probabilidade, e toda e qualquer hipótese alternativa que a refute deve ser prontamente rejeitada com base nos elementos concretos disponíveis nos autos (Badaró, 2021, p. 482).

3.2 A concepção de política criminal de Claus Roxin aplicada aos crimes vagos e *Jandards* de prova

A investigação empreitada no presente trabalho não pode se limitar a definir um *standard* de prova elevado para os chamados delitos vagos. Em verdade, considerando que as elementares do tipo não definem o *thema probandum* do processo com eficácia, é necessário recorrer a conceitos

complementares para que o *déficit* de precisão do tipo legal seja, na medida do possível, amenizado na análise dos casos concretos.

Nessa perspectiva, é importante compreender o fenômeno a partir de uma perspectiva político criminal. O conceito de política criminal não é pacífico na doutrina. Em sua concepção clássica, ela é tida como a “ponte entre o direito penal e a criminologia”, Não obstante, Nilo Batista a compreende como um desdobramento da ciência política que estuda o poder punitivo como espécie de poder político (Batista, 2022, p. 13-21). Já Roxin a compreende como parte integrante da teoria do delito que possibilita ao jurista valorar a afetação do bem jurídico com fundamento nos dados concretos da realidade e, com base nisso, averiguar se há ou não crime (Roxin, 2000, p. 80)³⁹.

Destarte, o conceito de política criminal de Roxin insere a política criminal dentro da dogmática jurídica, abrindo espaços para que o intérprete tome decisões político-criminais em complemento daquilo que foi decidido pelo legislador. O sistema, ao invés de fechado em si mesmo, passa a ser aberto (Roxin, 2006, p. 64). Na teoria da imputação objetiva, por exemplo, através do conceito de risco não tolerado pelo direito, o operador do direito pode valorar os dados concretos da realidade e partir deles tomar decisões político-criminais.

Justamente na proposta político criminal de Roxin, reside a possibilidade de fazer dos tipos penais vagos e abstratos operacionalizáveis de modo a preservar com mais eficácia os direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados. A partir do enriquecimento do tipo penal com dados concretos da realidade (Meliá, 2003, p. 211-228)⁴⁰, é possível traçar critérios objetivos que auxiliem o julgador na análise dos casos.

Considerando o delito de poluição, previsto no art. 54 da Lei dos Crimes Ambientais, é possível vislumbrar como, a partir de dados concretos,

³⁹ ROXIN, Claus. *La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal Y El Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

⁴⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. *Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*. In: MONTEALEGRE LYNETT (coord.). *El funcionalismo en el Derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

se estabelece um *standard* de prova tolerável no campo da análise de delitos vagos. O tipo em questão criminaliza a conduta de “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”.

Com efeito, o conceito de “possam resultar em danos à saúde humana” é demasiadamente aberto para que o tipo penal delimite, satisfatoriamente, o *thema probandum* do processo. Contudo, a partir do apego a dados concretos da realidade, utilizando, por exemplo, da imputação objetiva em sua vertente funcionalista teleológica, é possível ao intérprete utilizar normas técnicas extrapenais e dados concretos captados por meio da tecnologia, por exemplo, como ponto de referência para delimitar os riscos de dano relevantes para o direito.

Portanto, o *standard* de prova necessário para a condenação deve fazer uma análise de cada elemento de fato que a integra isoladamente, de modo que todos os elementos devem ser comprovados e corroborados com um altíssimo grau de probabilidade, mas sem ignorar os dados concretos da realidade, integrando, à noção de tipo, os conceitos político criminais necessários para corrigir eventual vagueza na definição do ilícito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho inicialmente analisou os problemas processuais penais dos tipos penais vagos, considerando que a indefinição das elementares do tipo enseja graves problemas na perspectiva da preservação dos direitos fundamentais relativos ao devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Se o contraditório possui em sua própria definição o pleno conhecimento da imputação, como condição fundamental para o exercício do direito de defesa, um tipo penal dotado de significativa vagueza potencialmente impossibilita o seu exercício. Sem embargo, a técnica de criminalização de tipos vagos é tida como necessária pela doutrina.

Nesse contexto, surge o problema dos *standards* probatórios enquanto padrões objetivos que possibilitam averiguar o acerto ou erro na valoração da prova, objetivando evitar falsos positivos. O trabalho avaliou a proposta de *standard* de prova prevalente no sistema norte americano, concluindo por ser insuficiente para definir com precisão os critérios de condenação. Em seguida, apresenta as ideias de Ferrer Beltran, reconhecendo seu mérito de desvincular o tema da prova à convicção do julgador, mas rejeitando sua proposta de gradação dos *standards* conforme a espécie de delito objeto da persecução penal.

Partindo das reflexões de Badaró, por fim, o artigo propõe um *standard* de prova lastreado na noção de que o princípio da presunção de inocência, enquanto norma probatória, exige um elevadíssimo grau de comprovação para que a condenação seja proferida. Todavia, tal critério, desacompanhado de uma noção de política criminal efetiva, é insuficiente para satisfatoriamente promover uma interpretação que corrija eventuais carências de definição dos delitos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Capítulos de política criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022. pp. 13-21.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/138> . Acesso em: 20 jan. 2025

BARBOSA, Rui. **Obras Completas. Vol. XXV, Tomo I.** Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** 2. ed. São Paulo: Editora 34.

BELTRAN, Jordi Ferrer. **La varcion racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2001.

BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso.** Madrid: Marcial Pons. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos. **Revista General de Derecho Penal**, ISSN-e 1698-1189, n. 7, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2292776> . Acesso em: 21 jan. 2025.

BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/685> . Acesso em: 21 jan. 2025.

BRAGA DAMASCENO, Fernando. Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n. 3, p. 1213-1256,

set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.900> . Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/900> . Acesso em: 21 jan. 2025.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CAMPOS, Gabriel Silveira Queiroz. **Princípios de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2021.

CASARA, Rubens Roberto Rabello. **Teoria do processo penal brasileiro. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo**. 4. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FERNANDES, Alessandro. Direito penal econômico na sociedade de risco: uma análise crítica da legislação brasileira à luz da Escola de Frankfurt. **Revista de Derecho**, n. 30, e4087, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.22235/rd30.4087>. Acesso em: 14 jan. 2025.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Direito penal, estado e constituição**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011.

MESQUITA, Gil Ferreira. Devido processo legal e princípio da proporcionalidade: uma análise comparada entre Brasil e Estados Unidos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92748>. Acesso em: 21 jan. 2025.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva**. In: MONTEALEGRE LYNETT (coord.). El funcionalismo en el Derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2022.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Nuñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

PASTOR, Daniel. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 52, 2004.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, 2021.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. 2020. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Victimización y desvictimización en el derecho penal del riesgo: un planteamiento victimológico en el ámbito de los ‘delitos sin víctima’. **Revista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza**, v. XIII, maio 2019. Bologna, Itália. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8187700> Acesso em: 21 jan. 2025.

REBOUÇAS, Sérgio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal. Vol. 1**. 2. Ed. Belo Horizonte: D'Placito, 2022. p. 646.

ROXIN, Claus. **La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal Y El Proceso Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

TOLEDO, Francisco Assis de. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal. Vol. 1**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal. Vol. 3**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance**, v. 1, n. 2, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

A Ponderação Entre Direitos Individuais e Coletivos à Luz do Garantismo Penal Integral na Jurisprudência: uma Incoerência Dogmática com Ogarantismo de Ferrajoli e os Reflexos da Presunção de Inocência

José Victor Ibiapina Cunha Morais¹

Sumário: 1. Introdução: Fundamentos e Princípios. 2. Garantismo Penal Integral: Uma Proposta Brasileira e suas Controvérsias. 3. Estudo de Jurisprudência Brasileira: Análise Crítica de Casos sobre a Ponderação entre Direitos e os reflexos na presunção de inocência. 4. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O garantismo penal, apesar de ser uma complexa estruturação teórica que vai da formulação de uma teoria que estabelece um modelo normativo do direito à conceituação de uma filosofia política perpassando ainda por uma teoria jurídica de validade e efetividade, apresenta, no cenário brasileiro, uma compreensão desvirtuada da obra de Luigi Ferrajoli, na medida em que é comumente associada a sinônimo de impunidade.

Alguns autores brasileiros passaram a sustentar a reanálise da teoria de Ferrajoli sob o enfoque da proteção de direitos fundamentais coletivos objetivando a superação do que Douglas Fischer (precursor) convencionou chamar de garantismo hiperbólico e monocular ao adjetivar a teoria garantista ao passo que propõe a formulação do chamado garantismo penal integral.

¹ Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE. Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Link de lattes: <http://lattes.cnpq.br/5686725406331921>. Link de Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7395-0902>. E-mail: victoriapiacunha@hotmail.com

Essa nova interpretação da teoria do garantismo penal ganhou alguns adeptos do ponto de vista doutrinário e também fortes retaliações. Na jurisprudência, alguns adeptos também surgiram, como é o caso do Tribunal de Justiça do Ceará, que editou a Súmula nº 63 que propõe uma ponderação entre os direitos fundamentais individuais e coletivos dando precedência a este último, perspectiva encampada pelo garantismo penal integral e rechaçada por Ferrajoli.

Este trabalho procura justamente identificar como a jurisprudência brasileira tem se manifestado acerca do garantismo penal integral, se o adota e se essa adoção implica em violação ao princípio da presunção de inocência na medida em que proponha uma ponderação entre normais de direitos fundamentais individuais e coletivos.

Portanto, busca-se responder ao seguinte problema de pesquisa: a aplicação do garantismo penal integral no contexto brasileiro pode ensejar violação ao princípio constitucional da presunção de inocência?² Inicialmente convém ressaltar que o garantismo penal desenvolvido por Ferrajoli, como já introduzido, assumirá uma conotação mais complexa do que a simplista e equivocada leitura que alguns pouco conhecedores de sua obra fazem ao classificá-la como sinônimo de impunidade, mas está longe disso.

O autor classifica sua obra como uma de ideia iluminista em filosofia e liberal em política, à medida em que trabalha, como ponto nevrálgico, a antítese entre a liberdade e o poder, defendendo que haja uma maior esfera de liberdade ao passo que a esfera de poder (do Estado) é diminuída visando justamente proteger aquela (Ferrajoli, 2002, p. 8)³. Assim, o garantismo penal se mostrará como teoria que limita a previsão de crimes e regula a intervenção punitiva do Estado (Saboia; Santiago, 2018, p. 54)⁴, mostrando-se coerente com seus ideais iluministas e liberais.

² Para auxiliar na resposta ao questionamento acima formulado foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: 1. compreender os fundamentos teóricos do garantismo penal; 2. compreender como se deu a expansão e formação do garantismo penal integral; 3. identificar os reflexos da ponderação entre direitos na presunção de inocência a partir da jurisprudência brasileira.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴ SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e Ativismo Judicial: uma análise da presunção de inocência e da sua relativização pelo STF. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, n. 2, p. 53-74, Mai-ago. 2018.

Ana Cláudia Bastos Pinho rebate os críticos do garantismo ao sustentar que lhes faltam discussão epistemológica e conhecimento de sua obra ao estabelecerem adjetivações depreciativas ao garantismo, a Ferrajoli e ao realizarem associações indevidas com a impunidade. (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019, p. 163)-⁵

Portanto, o garantismo estabelece um modelo normativo de direito baseado na estrita legalidade denominado por Ferrajoli como “SG” e que é próprio do Estado de Direito, estruturado num plano epistemológico de poder mínimo e num plano político como uma técnica capaz minimizar a violência e maximizar a liberdade e sob o plano jurídico é visto como um sistema de limitação à função Estatal voltado para a garantia de direitos dos cidadãos. E assim, será garantista todo sistema penal que se enquadra nessa perspectiva (Ferrajoli, 2002, p. 664).

E para alcançar uma correta satisfação a esse modelo é essencial que o sistema jurídico estabeleça que seus princípios constitucionais estejam formulados na forma de proposições de implicação, condicionais, interligados estruturalmente na forma do que Ferrajoli chama de modelo axiomático. São os chamados axiomas garantistas, aqueles princípios que prescrevem o que deve ocorrer e quais condições deve satisfazer dentro de um sistema legal, equivalendo a proposições normativas de dever ser (deônticas) (Ferrajoli, 2002, p. 72-74).

Esses axiomas representam uma garantia jurídica não só para a aplicação da pena, mas como um meio de legitimação do direito penal, na medida em que o respeito a tais proposições indica que está permitido punir e, desse modo, o Estado só agirá adequadamente de maneira legítima quando obedecer a esses princípios, ou axiomas⁶. Portanto, o sistema garantista de Ferrajoli a partir desses axiomas que são conexos e não deriváveis, serão

⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” *Made in Brazil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, a. 17, n. 26, p. 155-186, jul-dez. 2019.

⁶ Quais sejam, *nulla poenasine crimine, nulluncrimensine lege, nullalex (poenalis) sinenecessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sineactione, nullaactiosine culpa, nulla culpa sine judicio, nulla judicium sine acusatione, nullaacusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*.

divididos em garantias penais e processuais penais que visam limitar o arbítrio punitivo do Estado, tanto na cominação quanto na aplicação da pena (Almeida, 2011, p.30)⁷.

E para cada um desses axiomas há um princípio correspondente, denominados respectivamente: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; princípio da necessidade ou da economia do direito penal; princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; princípio do ônus da prova ou da verificação; princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (Ferrajoli, 2002, p. 74-75).

Evidente que essas máximas servirão como limites ao poder punitivo estatal e que consolidarão a proteção do réu contra a arbitrariedade do Estado, devendo ser observadas nas mais diversas atuações que o Estado venha a exercer em face dos particulares e, sem dúvidas, no âmbito da aplicação do poder punitivo através do Judiciário, em que a aferição da culpabilidade (um dos axiomas) demanda o respeito ao devido processo legal (Aquino; Pereira, 2024, p. 842)⁸.

Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal (Morais, 2022)⁹. Esse modelo de direito possuirá não só um sentido normativo do ideal garantista, no sentido daquilo que está incorporado nas constituições enquanto normas,

⁷ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: O Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. *Revista Bonijuris*. abr. n. 569. Curitiba: Bonijuris Editora, p. 28-35. 2011.

⁸ AQUINO, Mariane de Matos; PEREIRA, Janaína Braga Norte. O sistema de precedentes no direito pátrio: uma análise à luz do garantismo penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. a. 15. v. 22. n. 3. set-dez. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. p. 826-851. 2024.

⁹ MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha. *A súmula nº 63 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e o contraponto entre o direito de liberdade e o direito de segurança: uma proposta de reformulação para aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente*. 2022. 197 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Constitucional e Teoria Política, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2022.

mas também um sentido metajurídico, que consiste, por sua vez, naquele conjunto de princípios que não foram positivados, mas que inspiram os modelos jurídicos constitucionais (Trindade¹⁰, 2012, p. 8).

Essa aproximação entre a legitimação interna (ser – a lei) e a externa (dever ser – valores morais) implica na juridificação de tais parâmetros metajurídicos, de valores substanciais de legitimação externa, que foram expressos pelas doutrinas iluministas e do direito natural, ou seja, é um processo de positivação do direito natural (Morais, 2022). Nesse sentido, o direito penal será justo quando legítimo for legítimo sob o aspecto externo, amparado numa base de critérios morais e políticos (Lemos, 2015, p. 168)¹¹.

O garantismo, por sua vez, guarda inegavelmente correlações com o constitucionalismo, movimento que instituiu com mais força a luta contra o arbítrio estatal a partir da construção de leis regulamentadoras de toda a vida social, intituladas constituições, e que guarda relação com o positivismo puro de modo que fez surgir, com o advento do neopositivismo uma reaproximação do direito e da moral marcando a reaproximação do Direito com os aspectos éticos da vida humana (Bulos, 2018, p. 74)¹².

Surgiu então, posteriormente, o neoconstitucionalismo que conferiu maior força aos aspectos constitucionais e aos valores constituídos na respectiva norma, possibilitando uma maior constitucionalização de temas outrora pertencentes à esfera das leis, conferindo-se força e amplitude e supervalorização aos princípios constitucionais surgindo o chamado “constitucionalismo principialista” (defendido por autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Gustavo Zagrebelsky) (Bulos, 2018, p. 85-86).

O garantismo vai se contrapor ao juspositivismo vigente objetivando imprimir ao direito um novo papel adequando-o aos valores constitucionais e ressaltando a importância de se observar não só a vigência, mas a validade da

¹⁰ TRINDADE, André Karan. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de França**, Autarquia Municipal de Ensino Superior, p. 3-21, mar. 2012.

¹¹ LEMOS, Bruno Espiñera. O princípio da insignificância sob um olhar inspirado em Ferrajoli: a leitura do consumo de drogas em precedente do STJ. **Revista Judiciária do Paraná**. a. X. n. 9, maio. Curitiba: Ediroa Bonijuris. p. 165-184, 2015.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

norma, que não obstante possua efeitos no plano formal pode ser inválida por violar garantias fundamentais, ou pelo menos por não acolhê-las (Almeida, 2011, p. 28).

A filiação do garantismo com o positivismo se estabelece com um ideal de melhoria, possibilitando uma teoria menos intransigente e corrigida, sem procurar superá-lo, apenas torná-lo melhor, na medida em que o autor sustenta que sua teoria é de cunho positivista e tem defende a separação entre direito e moral (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019, p. 165).

Ferrajoli em sua teoria garantista, ao propor uma evolução do positivismo, propondo a construção de um constitucionalismo rígido que garanta a existência de uma lei superior que independa dos mecanismos estabelecidos para garantir sua superioridade, conceitua o movimento de “constitucionalismo garantista”, que consiste em conferir uma normatividade forte aos princípios constitucionais em especial aos que configurem normas de direito fundamental (Ferrajoli, 2012, p. 18-19).¹³

O autor estabelece que seu modelo de constitucionalismo garantista se difere do modelo chamado de principialista por rejeitar e contrapor seus três principais elementos: 1) conexão entre direito e moral, 2) diferenciação entre princípios e regras baseado em uma distinção de qualidade, 3) a grande importância atribuída ao exercício da ponderação na prática jurisdicional pelos magistrados (Rosa, 2012, p. 133)¹⁴.

Esse cenário acaba por fortalecer o modelo de Estado Constitucional por meio da maior força atribuída aos direitos fundamentais em seu panorama constitucional e reforçando sua base positivista Ferrajoli defenderá a clássica concepção da separação entre direito e moral uma vez que essa junção pode colocar os direitos fundamentais em um patamar reduzido de valores (ou princípios morais) o que implica em uma força normativa fraca, notadamente

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-58, 2012.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 133-146, 2012.

quando lançados no bojo da discricionariedade judicial a partir do exercício da ponderação (Streck, 2012, p. 59-64)¹⁵.

Para o sistema garantista de direito, o EDD é incompatível com a discricionariedade, pois os magistrados devem interpretar e aplicar as normas seguindo as regras da própria Constituição, pois ela confere os parâmetros necessários para no caso concreto ampliar e restringir o alcance dos direitos fundamentais (Streck, 2012, p. 77). A discricionariedade para Ferrajoli está limitada à interpretação semântica da norma, à valoração das provas e a adequação dos fatos aos respectivos tipos penais (Ferrajoli, 2012, p. 46).

De modo que todo exercício discricionário que ultrapasse essas fronteiras incorrerá em uma utilização de juízos subjetivos que colocaria em risco a garantia dos direitos fundamentais (Trindade, 2012, p. 121), pois a ponderação não poderá implicar na escolha pelo operador do direito de quais princípios prevalecerão naquele caso concreto (Ferrajoli, 2012, p. 48) e os direitos fundamentais devem ser cumpridos e respeitados em sua totalidade não admitindo gradações.

Todavia, importante destacar que o Judiciário não possui a única responsabilidade, de maneira isolada, quando ao êxito ou não da teoria garantista em determinado sistema de direito, pois em seu ofício de julgar exsurgem conflitos já instalados em decorrência da ineficiência da concreção dos direitos fundamentais (Almeida, 2011, p. 28) e talvez por isso a necessidade de se socorrerem a técnicas diversas para superar as constantes ineficiências das garantias constitucionais, dentre elas a ponderação que embasa o chamado “garantismo penal integral”.

2. GARANTISMO PENAL INTEGRAL: UMA PROPOSTA BRASILEIRA E SUAS CONTROVÉRSIAS

A dificuldade em se alcançar essa dimensão em sua efetiva prestação, como dito, faz com que sejam buscados meios para se superar as deficiências em seu alcance em face dos destinatários, dentre eles o exercício de ponderação

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 59-94, 2012.

a partir dos ensinamentos de Robert Alexy sempre é utilizado, notadamente em face de direitos sociais que são destinados a uma coletividade e dificilmente chegam a seus destinatários de maneira satisfatória.

A segurança social e outros direitos econômicos e culturais (Bulos, 2018, p. 518), por exemplo, se mostra como um desses direitos sociais cuja efetividade e alcance parecem ser cada vez mais precários e diante de sua própria natureza, que demandam para sua concreção mais do que ações negativas, que outrora regeram os sistemas jurídicos na luta em defesa dos direitos fundamentais, demandarão prestações positivas por parte do Estado, compreendendo ações afirmativas que objetivem defender interesses globais da sociedade (Mendes; Coelho; Branco, 2010, p. 309)¹⁶.

Assim, a proibição de proteção deficiente vai ganhando fôlego entre os exercícios de ponderação com base na racionalidade para assegurar o máximo de efetividade de tais direitos no caso concreto. Servindo-se dessa vertente da proporcionalidade, uma nova discussão doutrinária passou a ganhar espaço ao propor a rediscussão dos postulados garantistas e alterar sua forma de enxergar os princípios constitucionais, para conferir uma interpretação mais sistemáticas daqueles princípios voltados ao direito e processo penal, com foco na sociedade e em seus direitos coletivos, superando o que seria uma visão individual do acusado.

Chama-se garantismo penal integral, nomenclatura proposta por Douglas Fischer, que ao discutir questões do direito e processo penal que se ligam à criminalidade moderna, sugere uma nova interpretação da clássica teoria de Ferrajoli que seria mais completa e moderna, afastando a proteção mais intensa dada aos direitos fundamentais do acusado, superando o que ele diz ser um garantismo monocular (visto unicamente sob a perspectiva do indivíduo) e hiperbólico (desproporcional na proteção de uma única categoria de direito) Fischer (2017, p. 63-92)¹⁷.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷ FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: FISHER, Douglas; CALABRITTO, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-96, 2017.

Tratar-se-ia de uma compreensão integral dos postulados garantistas em contraponto ao que seria uma “visão deturpada dos preceitos garantistas no Brasil”, pois ocorreria uma forte desproporcionalidade na defesa de direitos individuais dos acusados em detrimento dos direitos coletivos visando diminuir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, viabilizando a máxima eficácia de todos os direitos fundamentais, notadamente os coletivos, e os deveres que os acompanham (Ramos; Chaves, 2022, p. 110).

Cabe ao Estado, além de abster-se de intervir na esfera individual dos cidadãos, o dever de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, promovendo prestações positivas que viabilizem a plena concretização dos direitos de segunda geração (Mendes, 2002, p. 5). Ademais, incumbe-lhe a proteção desses direitos contra eventuais violações por terceiros, resguardando as esferas de proteção individual frente a interferências de outros cidadãos (Devos; Khaled JR., 2019, p. 70)¹⁸.

Entra em cena o garantismo penal integral que justamente surge da necessidade de dar proteção a bens jurídicos através de ações positivas para os interesses da sociedade e não unicamente do indivíduo (ou acusado, na esfera do processo penal) (Santana, 2013, p. 17)¹⁹, em contraponto ao garantismo clássico que seria denominado de negativo, em face de suas raízes liberais e de seus ideais de controle do Estado que em tempos de neoconstitucionalismo, estariam ultrapassados e demandariam uma interpretação mais atual, moderna da Constituição, precisamente dos direitos fundamentais, considerando o forte avanço da criminalidade moderna e organizada (Carollo, 2013, p. 83)²⁰.

Essa nova forma de estruturação da criminalidade demanda a necessidade de desenvolvimento coordenado de políticas públicas que divirjam

¹⁸ DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao garantismo integral (em nome da superação criativa de cânones teóricos), ou algo sobre crise, compromisso e resistência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 153, p. 65-106, Mar. 2019.

¹⁹ SANTANA, Selma Pereira de. Garantismo penal à brasileira. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, v. 38, n. 23, p. 09-38, nov. 2013.

²⁰ CAROLLO, João Carlos. **Garantismo penal: o direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade**. Curitiba: Juruá, 2013.

completamente do modelo clássico de direito penal de amplas garantias mas voltando-se ao desenvolvimento de um direito penal efetivamente mais rigoroso (Moraes, 2011, p. 71), dentro de um sistema que “imponha não só a observância dos direitos fundamentais, mas também com a observância dos deveres fundamentais” (Couto; Couto, 2019, p. 487) ²¹.

Trata-se de uma tentativa, na visão de tais autores, de adequar a teoria garantista clássica de Ferrajoli à realidade brasileira, partindo dos parâmetros da proporcionalidade, a saber proibição de excesso e de proteção deficiente, os defensores do garantismo penal integral apresentam modelo no qual todas as gerações de direitos fundamentais deveriam ser protegidas, o que não só melhoraria a proteção dos direitos individuais contra as arbitrariedades do poder punitivo, como também permitiria o resguardo eficaz dos “anseios da sociedade (Ramos; Chaves, 2022, p. 111).

Contudo, importante destacar que Ferrajoli nunca promoveu essa proteção desmedida e desproporcional aos direitos individuais, evidenciando uma interpretação equivocada por parte dos defensores do chamado garantismo penal integral e cuja leitura da suposta “importação equivocada” da teoria garantista brasileira, se pauta unicamente no argumento de um garantismo hiperbólico e monocular, nunca defendido pelo autor, e na defesa de um interesse abstrato da sociedade em detrimento dos individuais utilizando-se da técnica da ponderação (Ramos, Chaves, 2022, p. 116-118).

O garantismo é uma teoria que impõe um sistema de direito que visa assegurar uma proteção aos direitos fundamentais mediante o fortalecimento da constituição e para isso leva em conta aqueles bens jurídicos importantes para a sociedade inerentes ao Estado Democrático de Direito harmonizando interesses sociais e individuais ao ponto que um Estado garantista possa assegurar direitos inclusive para as vítimas (Knoll Jr., 2023, p. 36)²².

²¹ COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. Crítica ao garantismo penal hiperbólico monocular. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FIQUEIRA, Hector Luiz Martins; MARTINS, Vanderlei. (Org.). **Democracia e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Leonardo Rabelo**. Editora Processo. p. 483-498. 2019.

²² KNOLL JR., Luiz Fernando. **Garantismo hiperbólico e monocular: a deturpação do conceito garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2023, p. 36.

A visão limitada e por vezes deturpada do garantismo penal pode ensejar a falsa compreensão de que o Estado não tenha o dever de proteção de direitos fundamentais, o que não é, ainda que corriqueiramente não aconteça. Recai, portanto, sobre o judiciário assegurar a prestação de tais direitos mediante mecanismos processuais e por isso devem ser respeitados os direitos individuais ao mesmo tempo que se tutelam direitos coletivos no âmbito do processo penal (Knoll Jr., 2023, p. 38). Essa harmonia não está fora do que defende Ferrajoli e não é própria do garantismo penal integral.

Mas é justamente calcando-se nesse argumento de equilíbrio que se estruturar, em certa medida, o garantismo pena integral, justificando tratamentos mais severos em casos nos quais direitos coletivos, notadamente a segurança, são violados ou estão em vias de serem maculados, e objetivando coibir proteções deficientes, a estes serão conferidos precedência no caso concreto em detrimento dos direitos individuais, em suma a liberdade, prática correspondente à ponderação, alinhada ao garantismo penal integral, ainda que em sua concepção clássica, como já dito, a teoria a rejeite.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA ADOÇÃO DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) desenvolveu um critério jurisprudencial muito preciso para resolver casos de conflitos entre direitos fundamentais de primeira e segunda geração ao editar a Súmula nº 63²³ que possibilita a manutenção de uma prisão preventiva reconhecida ilegal (pelo excesso de prazo – demora na condução do processo) pelo magistrado em face da existência de condenação criminal transitada em julgado por outro processo criminal, em um exercício de ponderação entre o direito de segurança da sociedade e o de liberdade do acusado, dando precedência aquele, como resultada da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente (proporcionalidade em sua vertente positiva).

²³ “Condenações criminais com trânsito em julgado em outros processos podem, excepcionalmente, justificar a manutenção da prisão preventiva, ainda que reconhecido excesso de prazo na formação da culpa em razão da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, vertente da proporcionalidade”.

Os julgados que precederam sua edição o faziam como decorrência de uma aplicação do garantismo penal integral evidenciando que a súmula não só era uma aplicação do próprio princípio da proporcionalidade nos termos desenhados por Robert Alexy mas associada à nova visão do garantismo penal proposta por autores brasileiros. Em todos os casos realizados, discutia-se a legalidade da prisão preventiva a partir do manejo de *habeas corpus* (Morais, 2022).

Em pesquisa realizada em 2022, que apurou os julgados entre os anos de 2018 e 2022, observou-se que o Tribunal, antes e após a edição da súmula, utilizava critérios diversos para aplicação do garantismo penal integral como um consectário lógico da ponderação a partir da utilização do princípio da proibição da proteção deficiente (Morais, 2022).

O Tribunal utilizava como critérios não só a existência de condenações criminais transitadas em julgado, mas a existência de condenações criminais sem trânsito em julgado, o fato do acusado (paciente) responder por outras ações penais e/ou inquéritos policiais e inquéritos policiais, o *modus operandi* mais gravoso do crime e em outros casos, houve a aplicação para manter a prisão mesmo quando esta não possuía fundamentação adequada, ocasião em que o tribunal exercia um reforço de fundamentação para manter a prisão que estava ilegal por ausência de fundamentação (Morais, 2022).

Esse exercício de ponderação implica não só numa dualidade entre o direito de liberdade e o de segurança enquanto princípios, mas provoca um forte tensionamento no princípio da não culpabilidade (ou presunção de inocência), pois quando um julgador nega o direito de liberdade ao acusado sob o argumento de que ele responde a outros processos, ou tenha condenação criminal, ele pressupõe que o acusado, por essas razões voltará a cometer novos crimes e por isso representa um perigo à sociedade.

Esse cenário inegavelmente acaba por tensionar em proporções substanciais o princípio da não culpabilidade, notadamente por se tratar de um cenário em que a prisão está ilegal pelo excesso de prazo (pela demora na condução do processo) que fere também o princípio da razoável duração

do processo. Observa-se que de um lado da equação reside não só o direito de liberdade (princípio constitucional), mas também os princípios da não culpabilidade (presunção de inocência e da razoável duração do processo, dentro de uma prisão que está ilegal, para dar precedência ao direito de segurança sob um argumento hipotético de proteção.

Como dito, essa dinâmica se desenvolve dentro dos parâmetros defendidos pelo garantismo penal integral. Neste artigo, a pesquisa acima destacada será replicada em outros tribunais de justiça e no Superior Tribunal de Justiça visando entender como a aplicação do garantismo penal integral pode ensejar reflexos negativos na presunção de inocência.

Não só isso, a pesquisa permitirá entender como o uso da ponderação entre direitos fundamentais, especialmente o direito de liberdade, pode comprometer a aplicação de garantias individuais dentro de um sistema que supostamente busca equilíbrio, como no caso do garantismo penal integral. Tem-se uma oportunidade para discutir os limites da discricionariedade judicial e o risco de sobreposição de direitos coletivos aos individuais.

Para compreender melhor o fenômeno jurídico em estudo, será utilizada a metodologia de análise de decisões nos demais tribunais de justiça para identificar como está sendo aplicado o garantismo penal integral, mediante a criação de protocolo para ser utilizado nos sites de pesquisa de jurisprudências para entender o fenômeno, que é em suma, resultado de uma pesquisa bibliográfica prévia (desenvolvida nas seções 1 e 2 deste estudo) e a coleta de dados a partir de decisões dos tribunais. Em face dos limites desta obra, remete-se o leitor para a leitura do artigo que condensou essa metodologia para melhor compreensão (Freitas Filho; Lima, 2010)²⁴.

Importante esclarecer que num processo decisório, a colisão entre normas não se limita a direitos fundamentais, mas pode envolver, princípios, deveres, direitos ou pretensões, desde que todos possuam natureza constitucional e possam ser compreendidos como normas constitucionais, e a sua resolução visa assegurar a máxima eficácia do direito penal ao máximo

²⁴ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de decisões. **Univ. JUS**, n. 21, jul-dez, Brasília, 2010.

(Alexy, 1986, p. 95), por isso a presunção de inocência entra em rota de colisão com o direito à segurança.

3.1 Reflexões sobre a Preservação do Garantismo Penal Clássico como obediência à presunção de inocência a partir da jurisprudência

Importante destacar a importância e relevância da presunção de inocência, que não pode e não deve ser facilmente relativizada em prol de uma presunção subjetiva de cometimento de crimes futuros, notadamente quando embasada em critérios frágeis. Para Ferrajoli, a comprovação de culpabilidade demanda, evidentemente, a submissão de um fato ao devido processo legal, de modo que a culpabilidade deve ser declarada por meio de uma decisão judicial definitiva, prevalecendo a presunção de inocência até a existência de uma condenação transitada em julgado (Ferrajoli, 2002, p.441).

Ainda que seu axioma seja associado ao princípio da culpabilidade, não haverá distinção substancial entre os termos “presunção de inocência” e “não culpabilidade”, visto que ambos expressam a mesma ideia. As expressões “inocente” e “não culpável” representam apenas variações linguísticas de um mesmo conceito, tornando qualquer distinção desnecessária do ponto de vista processual (Saboia; Santiago, 2018, p. 62).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL) encampa esse ideal ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ainda que a expressão “presunção de inocência” não esteja explicitamente mencionada no texto constitucional, é defendido o uso da expressão “princípio da não culpabilidade”, sem que isso represente uma diferença conceitual (Rebouças, 2022, p. 89).

Para melhor compreensão, ressalte-se que esse princípio possui uma dupla dimensão: como regra de tratamento, exige que qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado tenha caráter exclusivamente cautelar e seja fundamentada em elementos concretos, vedando a execução provisória da pena; e como regra de julgamento, determina a absolvição em casos de

dúvida quanto a fatos relevantes, atribuindo à acusação o ônus de provar a materialidade e autoria do delito (Rebouças, 2022, p. 90).

Assim, o garantismo atuará como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, assegurando a compatibilidade entre a Constituição e a legislação infraconstitucional e na jurisprudência, buscando evitar que o Estado falhe na aplicação de direitos fundamentais e se distancie dos objetivos que justificam sua existência (Saboia; Santiago, 2018, p. 56).

Para identificar casos de tensão entre direitos que possam violar o princípio da presunção de inocência, foram selecionados tribunais de justiça das cinco regiões do país, baseado em sua relevância e no aspecto vanguardista de suas decisões, assim foram selecionados os Tribunais de Justiça do Amazonas (TJAM), Pernambuco (TJPE), São Paulo (TJSP), Minas Gerais (TJMG), Distrito Federal (TJDFT) e Rio Grande do Sul (TJRS). Também foi realizada pesquisa junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Os critérios de busca realizados em todos eles foram os mesmos, utilizando-se junto à ferramenta de “pesquisa de jurisprudência” o termo “garantismo penal integral” visando filtrar as decisões que mencionassem o termo em seu teor de modo a aplicar os preceitos teóricos que essa vertente doutrinária defende, entre os anos de 2020 e 2025, um cenário mais atual.

Nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Distrito Federal nada foi captado, não resultado nenhuma decisão com esses critérios de busca. Já o Tribunal do Amazonas captou uma única decisão que mencionava o termo ao expor as razões do Apelante sem fazer uso desse argumento. No TJPE foram captados 3 (três) acórdãos de *habeas corpus* no qual se discutia a necessidade da prisão preventiva e em todos os casos foram mantidas e ao longo das razões o relator fez citação de uma obra que menciona o garantismo penal integral, como um reforço de fundamentação, sem desenvolver suas premissas e sem decidir unicamente com base nesse argumento.

No TJSP foram captadas 14 (catorze) decisões das quais 9 (nove) eram agravo de execução penal, 3 (três) e 2 (duas) *habeas corpus*, que em seu teor,

ou constavam a menção a garantismo penal integral, mas referente às decisões de 1º grau que estavam sendo recorridas ou mencionavam alguma obra que tinha a denominação garantismo penal integral, mas mesmo naquelas em que as decisões não foram reformadas não havia qualquer adoção no teor do acórdão à essa tese doutrinária diretamente.

No STJ foram captadas 85 (oitenta e cinco) decisões classificadas como monocráticas e interlocutórias em *Habeas Corpus* e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, mas que apenas mantiveram as decisões oriundas de tribunais estaduais que aplicavam ou mencionavam o garantismo penal integral, dentre elas as decisões do TJCE, não reconhecendo nenhuma teratologia ou flagrante ilegalidade que pudesse ensejar a reforma da decisão através do respectivo instrumento processual. Em tais casos, não houve necessariamente a adoção desta doutrina, mas apenas não identificaram ilegalidade flagrante dentro dos limites do cognoscibilidade desses meios de impugnação.

E por último, no Supremo Tribunal Federal foram captadas 3 (três) decisões, dentre elas 1 (um) Recurso Especial que apenas mencionava uma obra que tratava do garantismo penal integral, 2 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI). Em uma delas, questionava-se a constitucionalidade do § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, alegando violação a princípios constitucionais, como a proporcionalidade da pena, a individualização da pena, e o direito à liberdade de expressão, argumentando que a penalidade prevista para a divulgação de denúncia caluniosa eleitoral era excessiva e desproporcional em relação a crimes semelhantes. Na decisão, o a decisão do STF, ao rejeitar o pedido de inconstitucionalidade, alinha-se à concepção do garantismo penal integral, que busca garantir tanto os direitos do indivíduo quanto a eficácia das normas penais na defesa da ordem jurídica e social.

Na outra ADI, alegava-se que a Lei nº 7.960/1989 violava dispositivos constitucionais relacionados à presunção de inocência, ao devido processo legal e ao direito à liberdade, principalmente no que diz respeito à decretação da prisão temporária baseada na ausência de residência fixa e à exigência

de decisão judicial em prazo de 24 horas. O Tribunal decidiu que a prisão temporária é válida, desde que respeite direitos fundamentais, como a presunção de inocência e o devido processo legal, exigindo elementos concretos, vedando prisões por falta de residência fixa e garantindo que a medida seja a última opção. O garantismo penal integral influenciou a decisão ao equilibrar segurança pública com a proteção dos direitos individuais, limitando abusos e reforçando a necessidade de fundamentação rigorosa.

E essencial ressaltar que a preservação do garantismo penal clássico não significa ignorar os desafios enfrentados pelo sistema de justiça criminal contemporâneo, mas sim reafirmar a necessidade de uma aplicação rigorosa das garantias constitucionais como um contrapeso à arbitrariedade do poder punitivo estatal.

A busca por um equilíbrio entre segurança pública e direitos individuais deve ser realizada sem flexibilizar princípios essenciais, como a presunção de inocência, que representa um alicerce intransponível do Estado Democrático de Direito. Assim, qualquer tentativa de relativização desse princípio sob a justificativa da proteção coletiva deve ser vista com cautela, pois corre o risco de comprometer as bases fundamentais do garantismo penal e da própria justiça.

Este estudo analisou a aplicação do garantismo penal integral na jurisprudência brasileira, com foco nos impactos sobre a presunção de inocência. O garantismo penal clássico de Ferrajoli protege esse princípio como um pilar essencial do Estado de Direito, exigindo prova de culpa apenas por decisão judicial definitiva. No entanto, o garantismo penal integral relativiza essa garantia ao ponderá-la com o direito coletivo à segurança, permitindo restrições à liberdade baseadas em elementos não definitivos.

A análise da jurisprudência revelou que, enquanto a Súmula nº 63 do TJCE exemplifica uma aplicação mais rigorosa do garantismo penal integral, favorecendo a manutenção de prisões preventivas mesmo diante de ilegalidades formais, os demais tribunais analisados demonstram uma aplicação mais cautelosa da teoria. A pesquisa em cortes como TJAM, TJPE, TJSP, TJMG,

TJDFT e TJRS indicou uma tendência de moderação, onde a presunção de inocência permanece como um princípio central, sem apontar casos de violação como justificativa para aplicar o garantismo penal integral. Essa constatação sugere que, apesar das tentativas de fortalecimento da proteção coletiva, o garantismo penal integral não tem sido amplamente incorporado de maneira a comprometer significativamente os direitos individuais.

É certo que, para uma decisão adotar o garantismo penal integral, não precisaria necessariamente mencionar seu nome, mas isso evidenciaria uma certa falta de técnica jurídica. Ainda que, em sentido contrário, decisões garantistas não mencionem o nome garantismo, a situação é distinta.

Garantismo é um sistema de direito inerente à própria Constituição Federal e deve ser visto como a regra, ao passo que excepcionar seus preceitos sob o comando desse suposto “garantismo negativo” ou “integral” é uma exceção e a falta de adoção clara a seus argumentos e sua doutrina indicam uma certa fragilidade de uma corrente doutrinária sem rigidez suficiente para se fazer presente além de textos daqueles que atrelam uma decisão ou uma lei mais dura ao acusado como garantista no “viés positivo”.

Compreensão equivocada, pois, como dito, a teoria de Ferrajoli nunca objetivou desproteger direitos coletivos, mas apenas frear os abusos estatais mediante a articulação de axiomas que legitimam a atuação do Estado-Juiz e do Estado-Legislador na adoção de medidas em face dos acusados e de seus direitos individuais, assegurando numa perspectiva macro a proteção a todos os direitos individuais e coletivos a proteção necessária para estruturar o chamado constitucionalismo garantista, próprio do Estado Democrático de Direito. Não é todo tratamento mais severo que será necessariamente um tratamento com fulcro no garantismo penal integral.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, conclui-se que, embora o garantismo penal integral represente um risco à presunção de inocência quando aplicado de forma ampla, sua aceitação nos tribunais ainda encontra limitações. A jurisprudência

majoritária tende a preservar um equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos, o que evidencia um certo enfraquecimento da teoria garantista integral e reforça a importância de manter o devido processo legal como salvaguarda contra excessos punitivos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: O Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. **Revista Bonijuris**. abr. n. 569. Curitiba: Bonijuris Editora, p. 28-35. 2011.

AQUINO, Mariane de Matos; PEREIRA, Janaína Braga Norte. O sistema de precedentes no direito pátrio: uma análise à luz do garantismo penal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. a. 15. v. 22. n. 3. set-dez. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. p. 826-851. 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

CAROLLO, João Carlos. **Garantismo penal**: o direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade. Curitiba: Juruá, 2013.

COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. Crítica ao garantismo penal hiperbólico monocular. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FIQUEIRA, Hector Luiz Martins; MARTINS, Vanderlei. (Org.). **Democracia e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Leonardo Rabelo**. Editora Processo. p. 483-498. 2019.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao garantismo integral (em nome da superação criativa de cânones teóricos), ou algo sobre crise, compromisso e resistência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 153, p. 65-106, Mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-58, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? *In*: FISHER, Douglas; CALABRITCH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-96, 2017.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de decisões. **Univ. JUS**, n. 21, jul-dez, Brasília, 2010.

KNOLL JR., Luiz Fernando. **Garantismo hiperbólico e monocular: a deturpação do conceito garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Jursis. 2023, p. 36.

LEMOS, Bruno Espiñera. O princípio da insignificância sob um olhar inspirado em Ferrajoli: a leitura do consumo de drogas em precedente do STJ. **Revista Judiciária do Paraná**. a. X. n. 9. maio. Curitiba: Ediroa Bonijuris. p. 165-184, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, p. 1-12, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha. **A súmula nº 63 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e o contraponto entre o direito de liberdade e o direito de segurança: uma proposta de reformulação para aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente**. 2022. 197 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Constitucional e Teoria Política, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” *Made in Brazil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, a. 17, n. 26, p. 155-186, jul-dez. 2019.

RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, n. 4, p. 102-126, jan. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 133-146, 2012.

SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e Ativismo Judicial: uma análise da presunção de inocência e da sua relativização pelo STF. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, n. 2, p. 53-74, Mai-ago. 2018.

SANTANA, Selma Pereira de. Garantismo penal à brasileira. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, v. 38, n. 23, p. 09-38, nov. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 59-94, 2012.

TRINDADE, André Karan. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de França**, Autarquia Municipal de Ensino Superior, p. 3-21, mar. 2012.

Algumas Inovações no Cumprimento de Sentença

Juvêncio Vasconcelos Viana¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Cumprimento e processo de execução: relações. 3. Título executivo: sentenças homologatórias. 4. O protesto. 5. Petições incidentais. 6. Cumprimento de sentença e tutela provisória. 7. Cumprimento provisório. 8. Cumprimento espontâneo. 9. As multas pecuniárias. 10. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro tem sempre se preocupado com a efetividade de atividade jurisdicional executiva. Isso porque o momento da satisfação e realização do direito especialmente, aquele reconhecido na sentença historicamente se revelou sensível a mazelas do tempo ou mesmo de ações evasivas do executado.

Nesse contexto, consolidou-se a ideia de substituir um inteiro processo de execução do título judicial por uma simples fase do próprio processo de conhecimento, conferindo maior celeridade e eficiência à tutela jurisdicional. Aliás, não apenas essa inovação se consolidou como, no Código de Processo Civil de 2015, houve uma ampliação dessa técnica a qual se resolveu denominar de “cumprimento da sentença”.

O legislador atento à necessidade de uma sistematização buscou, no código, uma ampliação e uma melhor colocação sistêmica para o tal “cumprimento” (esse ficou tratado logo após o procedimento comum do

¹ Advogado, Procurador do Estado do Ceará – PGE. Prof. titular Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutor em direito processual pela Universidade de São Paulo – USP.

Link de Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2656349355458379> Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-7782-2731>

processo de conhecimento) e, não à toa, o Livro I da Parte Especial do código veio a se denominar “Do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença”, evidenciando a interdependência entre essas fases e reafirmando a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

2. O CUMPRIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO: E SUAS RELAÇÕES

Contudo, tal colocação topográfica não deixa o cumprimento de sentença isolado do tema do processo de execução, porque o tema do cumprimento precisará muitas vezes para que se revele integral e eficaz, em prol da sua completude, de disposições encontradas, mais adiante no mesmo código, no Livro do Processo de Execução, sendo necessário a grande utilidade de dispositivos do naipe dos arts. 513 e 771 do nosso CPC/2015.

Atente-se que o art. 513, CPC/2015, prevê expressamente que essa aplicação das regras ali previstas dar-se-á “no que couber” e “conforme a natureza da obrigação”. Tal redação evidencia a existência de “vasos comunicantes” entre os dois temas, evidencia a existência entre os dois institutos mesmo que em contextos distintos.

Essa é uma comunicação natural e necessária, afinal, em qualquer dos casos, estamos tratando da possibilidade de execução forçada. Uma interpretação mais que possível teleológica e sistêmica, em relação àquelas normas do código, há de existir para garantir coerência e unidade o regime jurídico da execução, respeitando a finalidade precípua de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

3. TÍTULOS EXECUTIVOS: SENTENÇAS HOMOLOGATÓRIAS

Mantém-se a linha de trazer para o capítulo do cumprimento as matérias relacionadas com a execução do título judicial, que é emitido pelo poder judiciário para reconhecer uma obrigação ou direito dos requerentes. É indiscutível que o apontar de quais são esses títulos é matéria que tinha de estar ali disciplinada face a sua inegável vinculação com a temática da execução.

Há um “novo” rol de títulos executivos judiciais (art. 515, CPC). Dizemos assim porque as espécies ali colocadas não constituem, exatamente, uma novidade no sistema, mas sim a consolidação de categorias já existentes.

Destaca-se, contudo, em especial por sua franca relação com o tema das vias consensuais de solução de conflitos (vide art. 3º., CPC), a relevância das decisões homologatórias referidas nos incisos II e III do artigo 515, as quais guardam estreita relação com os meios consensuais de solução de conflitos estabelecidos pelo art. 3º do CPC/15.

De forma mais arrojada, e em uma linha claramente evolutiva do sistema, temos o disposto no §2º daquele artigo 515, que confere um novo e ampliado alcance, tanto objetivo quanto subjetivo à transação no processo, ou em benefícios deste. Fica explícito na norma que a autocomposição pode envolver: a) sujeito estranho ao processo (aspecto que representa a inovação mais significativa); e b) relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (sendo este último ponto uma reafirmação expressa, o permissivo de que a transação envolva matérias não originalmente submetidas ao crivo judicial). Isso dá um alcance muito maior ao dispositivo e à possibilidade de solução amigável do conflito.

No que concerne ao inciso III, art. 515, observa-se outra previsão de inegável utilidade, aplicável à hipótese em que sequer há processo judicial instaurado. Embora tal disposição não constitua propriamente uma novidade, haja vista sua previsão desde a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, o CPC/2015 buscou conferir maior clareza ao tema.

Destaque-se que, nessa situação, o código cuidou de explicitar, mais adiante (art. 725, VIII), que o procedimento para a obtenção dessa simples homologação é de natureza de mera jurisdição voluntária, reforçando a natureza simplificada e consensual dessa modalidade de composição.

4. O PROTESTO

No contexto das inovações processuais, destaca-se a possibilidade – ou, ao menos, a expressa previsão legal – do protesto da sentença judicial,

conforme disposto no artigo 517 do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque uma boa interpretação da Lei n. 9.492/97 já deveria autorizar tal protesto, pois a inclusão expressa dessa possibilidade confere maior segurança jurídica à sua aplicação.

Há alguns requisitos para tal efetivação, a saber: a) que contemos já com o trânsito em julgado da sentença; b) que essa traga condenação no pagamento de quantia certa; e c) que haja transcorrido o prazo legal do procedimento para pagamento voluntário pelo executado.

Os parágrafos subsequentes, daquele dispositivo (art. 517 do CPC/2015) trazem o detalhamento do rito aplicável ao protesto da sentença judicial, abrangendo a sua realização e posterior baixa, outras palavras o seu cancelamento.

Primeiro, o credor valer-se-á de certidão de inteiro teor da decisão, a qual conterà, obrigatoriamente, a identificação das partes, o número do processo; o valor da obrigação e data do decurso do prazo para o cumprimento voluntário. Por outro lado, na hipótese de o executado ajuizar ação rescisória, ser-lhe-á facultado pedir que essa seja anotada à margem do título protestado, conferindo assim maior transparência ao procedimento.

Cumprida a obrigação ou não mais havendo causa para o protesto, mediante requerimento da parte executada, seguirá para a decisão do juiz e expedição de ofício ao cartório e baixa daquele, no prazo de três dias contados da data do protocolo do requerimento.

Por fim, observe-se que ao final o protesto da sentença judicial não se cuida apenas de uma questão de dar publicidade à mora do executado. Trata-se igualmente de um mecanismo, o qual acaba funcionando também como uma medida de pressão sobre o devedor, instigando-o a pagar a dívida, reforçando a efetividade do título executivo judicial.

5. PETIÇÕES INCIDENTAIS

Uma vez adotada a técnica do cumprimento de sentença, correlatamente, faz-se necessário um *modus* de contraditório em favor do executado compatível com as peculiaridades dessa fase processual.

Nesse contexto, é natural que se destaque a ideia de que quaisquer irregularidades ou nulidades *dessa fase* sejam suscitadas por petições nos autos, garantindo-se, o pleno exercício da defesa.

Mas, observe-se, as nulidades de que se está falando aqui são em relação àqueles atos que tenham sido realizados na própria fase do cumprimento de sentença.

Eventuais nulidades que tenham ocorrido antes dessa fase, a essa altura, já foram atingidas pelo manto preclusivo da coisa julgada², não sendo passíveis de rediscussão.

Dessa forma, sem prejuízo do momento da impugnação incidental³, a suscitação de eventuais invalidades se dará pelo emprego de simples petições autônomas como previsto no art. 518 do Código de Processo Civil, nas quais se deduzirão nulidades que houver acerca do cumprimento da decisão judicial.

6. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E TUTELA PROVISÓRIA

Uma das novidades do Código de Processo Civil - CPC/2015 foi quanto ao tema das tutelas de urgência englobando tanto as de natureza cautelares quanto as de caráter antecipatório. A reforma processual eliminou o livro do “Processo Cautelar”, adotando-se fórmula mais “sincrética” de obter tais tutelas de urgência cautelares ou satisfativas, paralelamente, adicionou-se o caminho da tutela de evidência prevista no art. 294, CPC/2015.

A concessão da decisão virá pautada pelos requisitos respectivos de uma ou de outra via - urgência ou evidência⁴ -, a depender das circunstâncias do caso. Contudo chega, então, o momento crucial (algumas vezes, difícil) da efetivação da tutela provisória, etapa em que se exige maior flexibilidade e pragmatismo por parte do julgador.

² Exceto se estivermos falando de matéria própria de *querela nullitatis insanabilis* (ausência ou nulidade de citação do processo de conhecimento).

³ Observe-se que, oferecida a impugnação (ou mesmo vencido o seu prazo de oferecimento), é possível que somente depois venham penhora-avaliação. Nessa situação, havendo algum vício nessas, a arguição desse poderá vir por simples petição (art. 525, §11) ao juiz do processo.

⁴ Entram em cena, para tal fim, os arts. 300 e 311 do CPC.

Enquanto no artigo 297 CPC/15, em regra bastante “aberta”, deixa claro que, deferida a tutela provisória, o magistrado pode determinar as medidas que entender adequadas para efetivação daquela. Essa diretriz evidencia o poder geral conferido ao juiz para definir o modo de execução da medida, permitindo-lhe adotar, no caso concreto, os instrumentos processuais mais aptos à concretização do provimento jurisdicional, dentro de um regime marcado pela atipicidade procedimental.

No mesmo sentido, o art.519 do CPC/2015 é mais um dispositivo que traduz “vaso comunicante” com outros temas de efetivação de decisões judiciais constantes do código, alinhando-se, assim à lógica contida no art. 297 acima citado. De logo, vê-se, na disciplina do tema, um poder geral entregue ao juiz para definir o *modus* de execução daquele provimento.

O juiz vai dizer, à luz do caso concreto, que medidas utilizará (há aqui um regime de atipicidade), num exercício mental de adequação dessas em relação àquele tudo em prol da efetivação.

O mesmo art. 297, em seu parágrafo, diz que a efetivação da tutela provisória seguirá o regime do cumprimento provisório de sentença. O parágrafo do citado dispositivo, além de já nos transportar para o território do cumprimento de sentença, acrescenta que os princípios do cumprimento provisório (art. 520, CPC/2015) aqui valerão.

A regra é muito lógica haja vista que a nota maior desse tipo de cumprimento é, justamente, a provisoriedade, algo que temos também aqui na seara da tutela provisória. Assim, irmos às normas de cumprimento de sentença para trazer medidas de apoio (multas, busca e apreensão, imissão de posse etc.) à efetivação da tutela provisória é algo absolutamente lógico.

Mais ainda, a título de complementação, se para efetivação de decisões de tutela provisória, for necessária a apuração de algum valor, sendo necessário “liquidar” algo, razoável também compreender que se aplicará, no que couber, normas relativas à liquidação de sentença em prol daquela. Tal interpretação coaduna-se com a lógica sistêmica do Código de Processo Civil, conferindo coesão ao regime jurídico da sistêmica provisórias e garantindo a efetividade da prestação jurisdicional.

7. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO

No cumprimento provisório de sentença, estamos diante de uma atividade da execução de um título judicial que ainda não é definitivo. A provisoriedade inerente ao próprio título que serve de base à atividade gera o adjetivo dessa atividade, condicionando sua estrutura normativa e seus efeitos processuais. Acabamos de ver sua utilidade (de seus princípios, na verdade) no tema da efetivação das tutelas provisórias.

Sabemos que essa espécie de cumprimento tem, dentre seus princípios, a ideia primeira de que corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, razão pela qual, em prol do executado - o qual estará a suportar uma execução com um título ainda não definitivo -, teremos, de regra, a tomada de caução.

Todavia, a exigência da caução não é absoluta, sendo passível de dispensa em determinadas hipóteses expressamente previstas em lei. O Código de Processo Civil de 2015 ampliou os casos de dispensa dessa garantia, conforme disposto no art. 521, além de admitir, inclusive, que as partes convençionem sua inexigibilidade por meio de negócio jurídico processual.⁵

Vejamos aquelas hipóteses legais de inexigibilidade da caução destaca-se:

a) no caso de crédito alimentar – e isso independente de sua origem, v.g., do direito de família, fruto de responsabilidade civil, honorários – mas algo que já era tradição em nosso direito;

b) em caso de *necessidade* - quando a parte não tem recursos para arcar com o ônus da caução, algo que se revela, por exemplo, em situações de gratuidade processual⁶;

c) na pendência do agravo do art. 1042 – isso porque, há, nessa exata situação, um elevado grau de probabilidade que o recurso de índole

⁵ Enunciado 262 do FPPC.

⁶ O que não exclui o julgador de, à luz do caso concreto, com razoabilidade, verificar se há chances de êxito para o recurso pendente, sopesando os interesses em jogo.

extraordinária não prevaleça – aqui, com mais razão ainda, se está diante de uma decisão exequenda com pouquíssima chance de reversão;

d) diante de julgado (título) em conformidade com Súmula do STF ou do STJ ou em conformidade com casos repetitivos;⁷

Contudo, noutra linha, ainda que diante daquelas hipóteses legais de dispensa, a tomada da caução poderá ser mantida pelo julgador quando sua dispensa puder resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação (atenção para os adjetivos adotados).

Somar-se-á à verificação de tal risco de dano ao executado, por certo, o juiz deverá considerar a probabilidade de provimento do recurso do executado capaz de reverter a decisão condenatória.

8. CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO.

No cumprimento espontâneo o réu pode, antes de ser intimado para o cumprir a sentença, antecipar-se comparecendo em juízo e oferecer o pagamento do valor devido na decisão como indicado no art. 526, CPC/15. Essa previsão normativa traz, de certa forma, a volta de uma antiga técnica do CPC/1973 especificamente no art. 570⁸.

No final, surge, em tal ponto, uma possibilidade de consignação em pagamento incidentalíssima. Nunca esqueçamos que se costumava, no passado, apelidar a consignação em pagamento de “execução às avessas”, dada a sua função de garantir ao devedor a possibilidade de liberação da obrigação quando houvesse recusa do credor em receber a prestação.

Claro, há certa diferença aqui, vez que, para o emprego da via (além de ser bastante rara sua utilização), prevista no art. 526/CPC não se exige, necessariamente, recusa do credor em receber a prestação, sendo esta uma faculdade conferida ao devedor, ainda que de uso raro na prática forense.

⁷ Interpretação sistemática levaria a entender que a caução seria também dispensável nos demais casos (art. 927, CPC) em que estivéssemos diante de precedente obrigatório.

⁸ Esse dispositivo, naquela época, já trazia alguma perplexidade e estranheza. Dizia-se que “na hipótese prevista no art. 570, o devedor é quem promove o processo de execução, cabendo ao credor opor embargos, se a oferta não estiver conforme o título” (Simpósio de Processo Civil, Curitiba, outubro de 1975, conclusão XLVIII, por maioria).

Temos por positiva a inovação (embora, repetimos, será raro seu emprego). Essa evitará problemas e ônus para o bom devedor, aquele que deseja, efetivamente, pagar sua dívida. O devedor apresentará, com sua petição de oferta, a memória do cálculo do valor que entende devido. Se a dívida não for líquida, caberá ao devedor primeiro valer-se da via de liquidação.

No que concerne Fazenda Pública, por sua vez, não pode, por regra, se valer de tal oportunidade, haja vista que sujeita ao regime constitucional do precatório, que veda a utilização desse instituto. De outro lado, é razoável admitir a possibilidade dessa modalidade de pagamento do ofertado pela Fazenda, nos casos de condenação de pequeno valor, exatamente por constituir hipótese onde aquele é dispensado, viabilizando, assim, o adimplemento direto da obrigação.

9. AS MULTAS PECUNIÁRIAS

As multas pecuniárias sempre foram um poderoso instrumento em favor da execução das obrigações de fazer e não fazer, funcionando como um mecanismo de coerção patrimonial apto a desestimular o inadimplemento da ordem judicial.

Sua finalidade sempre foi a de trazer um contra estímulo impondo uma sanção de caráter econômico para evitar ao descumprimento da obrigação. E assim deixar consignado, em apoio ao preceito, a ameaça de consequência desvantajosa para o devedor no caso de não querer cumprir a ordem judicial.

Embora sendo uma medida coercitiva de índole patrimonial, sem dívida. Mas, não constituem pena nem muito menos algo substitutivo da reparação do dano sofrido pelo credor. Com a evolução jurisprudencial e judicial, expandiram-se também em favor também da execução de obrigações de entrega de coisa, demonstrando um constante aprimoramento do instituto no contexto da efetividade jurisdicional e muito se evoluiu quanto à aplicação dessas multas pecuniárias.

Na contemporaneidade o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 537 traz explicitações, soluções e inovações para algumas conhecidas

questões em relação ao tema das multas, resolvendo antigas controvérsias e consolidando entendimentos relevantes, dentre os aspectos essenciais disciplinados pelo dispositivo, destacam-se:

a) **imposição de ofício** – as multas podem ser aplicadas independentemente de requerimento da parte. Vale recordar que, no passado, havia a necessidade de essas serem pugnadas logo na petição inicial para somente assim, ao final, constarem da sentença e, enfim, puderem ser impostas no momento da execução. Já a algum tempo, está claro que podem ser fixadas de ofício pelo julgador, haja vista que sua utilização se relaciona, diretamente, com a boa atuação da Justiça Cível, com a autoridade da decisão, valores maiores que o próprio interesse da parte;

b) **fixação em diferentes fases processuais** – as multas podem ser fixadas na fase de conhecimento (em tutela provisória ou quando da sentença) e já na fase de execução, garantindo sua eficácia em qualquer momento processual.

c) **proporcionalidade e adequação do valor** – o valor da multa deve ser “suficiente e compatível” com a obrigação. Nunca houve tabela numérica ou fórmula prévia mediante a qual o juiz pudesse fixar o valor da multa periódica. Não há critério rígidos para tal fim. A multa há de ser em valor suficiente a convencer o réu a cumprir a obrigação. A fixação desse valor leva-nos, obrigatoriamente, à ideia de proporcionalidade, a sermos atentos às peculiaridades do caso concreto. Há de ser fixado, pois, conforme a situação concreta. Atenta a essa, o juiz analisará então o binômio suficiência-compatibilidade em prol da definição do valor. Tal valor que não é obrigatoriamente limitado àquele da obrigação principal;

d) **estabelecimento de prazo razoável para cumprimento** – o juiz deve estabelecer “prazo razoável para cumprimento do preceito”. Aqui, segue exatamente o ponto crítico do que muito se opera na prática forense. Importante que o julgador: de a decisão, fixando o preceito; depois, estabeleça prazo razoável para o cumprimento; findo esse, ai então passará a incidir a multa por descumprimento. Um prazo razoável, ou seja, compatível com o que há de fazer-se, com a conduta a ser praticada pela parte. Dadas as

repercussões daí inerentes, o devedor tem que ser intimado pessoalmente. Uma condição para cobrança *a posteriori* da multa sobre ele. Acaso fixado em dias, aquele prazo não destoará dos demais prazos processuais previstos no código, ou seja, contados em dias uteis;

e) **modificação e revisão do valor da multa** - a multa pode ser modificada – quanto a seu valor e periodicidade – daí porque, hoje em dia, melhor denomina-las multas periódicas (e não simploriamente multas diárias). Modificar-se-á o valor da multa vincenda, não da vencida. A multa poderá ainda ser excluída, conforme o caso. A revisão ou mesmo exclusão da multa virão: se essa se tornou insuficiente ou excessiva; verificado que houve cumprimento parcial; ou justa causa para seu descumprimento⁹. Será excluída se há justa causa para o descumprimento do preceito. Algo obvio, na verdade. Afinal, se não houve descumprimento da ordem, não há que se falar da incidência daquela;

f) **destino da multa** - o valor da multa é devido ao exequente. O disposto serve para eliminar qualquer dúvida quanto ao destinatário do valor da multa. Mas, no Brasil, sempre se seguiu a ideia de que tal valor reverteria (por mais que pudesse haver alguma incoerência nisso, ante o atentado ao Estado-juiz) para a parte interessada;

g) **execução provisória da multa** - cabe sua execução provisória. Sempre se debateu a possibilidade (ou não) da execução provisória da multa¹⁰. Algo bastante lógico, haja vista que a mesma dá suporte muitas vezes a decisões que possuem eficácia imediata (v.g., medidas liminares em tutelas provisórias). Contudo, há um meio termo. Cabe sim o cumprimento provisório da multa, devendo seu valor ser depositado em juízo; caberá o levantamento do valor após o trânsito da sentença (se favorável à parte);¹¹

⁹ Proceder a revisão da multa é algo que traduz uma eficácia para o futuro, normalmente. Mas, não somente assim. Há situações concretas em que deve haver a revisão do valor (a certa altura acumulado), quando por demais exorbitante ou fixado desproporcionalmente. Aliás, rever porque houve cumprimento parcial não deixa de dar certo efeito retroativo à providência.

¹⁰ Com uma forte tendência em favor da execução somente definitiva daquela.

¹¹ Uma outra inovação interessante, haja vista que existia entendimento – a nosso sentir equivocado – de que a decisão - mesmo ilegal e posteriormente reformada - traria ensejo à incidência e pagamento a multa.

h) **momento de incidência da multa** - será devida desde o efetivo descumprimento da ordem e incidirá enquanto essa não for cumprida. Uma regra realmente didática para o cálculo do montante da multa. Isso reforça a importância da boa técnica, como dissemos, no momento decisório de determinação do preceito, seu prazo de cumprimento voluntário e o momento a partir do qual inicia a incidência da multa;J

i) **aplicabilidade às obrigações de natureza não obrigacional** - também aplicável a provimentos que reconheçam deveres de fazer e não fazer de natureza não obrigacional. A regra veio para deixar claro o alcance (maior possível) para o uso e aplicação das multas. Sob a perspectiva operacional, não há qualquer diferença no trato procedimental do cumprimento de obrigação e de dever de natureza não obrigacional. Assim, o que importa é a possibilidade de emprego da medida executiva (multa) e não a fonte material aplicável.

Dessa forma, o arcabouço normativo atual reforça o caráter instrumental das multas periódicas, assegurando sua efetividade como meio coercitivo de cumprimento das decisões judiciais, sem perder de vista a observância aos princípios do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, verifica-se que as normas relativas ao cumprimento de sentença cumprem bem o papel de busca, ao máximo possível, da efetividade da atuação jurisdicional executiva. Uma efetividade que deve, acima de tudo, voltar-se em favor do jurisdicionado, garantindo a concretização do direito reconhecido judicialmente.

O momento da satisfação e realização do direito do credor é um ponto por demais sensível de nossa realidade forense, porque envolve a concretização da tutela jurisdicional e a realização do direito do credor.

Nesse contexto, a sistemática de substituir um inteiro processo de execução do título judicial por uma simples fase do próprio processo, de

fato, vingou, ou seja, demonstrou-se uma medida eficaz e consolidada na prática jurídica.

Cumpre, portanto, aos operadores – em especial, notadamente a juízes e advogados – conferirem àquelas normas a melhor interpretação e aplicação possível, sempre em prol da tutela jurisdicional (executiva) célere, justa e eficiente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; e ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2a., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O novo processo civil brasileiro**, 1a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**, 5a. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. IV, São Paulo: Malheiros, 2004.

FUX, Luiz. O novo processo civil, in **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa**, coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 16a. ed., 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 7^a. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**, São Paulo: Dialética, 2003.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Um novo CPC para o Brasil, in **O projeto do Futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**, coordenação Juvêncio Vasconcelos Viana, Gretha Leite Maia e Ana Cecília Bezerra de Menezes, Curitiba: CRV, 2013, pp. 7-14.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar**, Dialética: São Paulo, 2014.

O Processo do Inquérito Policial de Expulsão

Leonardo Pordeus Barroso¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo do inquérito policial de expulsão. 2.1. Definição e características do inquérito de expulsão. 2.2. Etapas do processo administrativo de expulsão. 2.3. Devido processo legal e contraditório no âmbito do inquérito de expulsão. 2.4. Atribuições das autoridades administrativas. 3. Requisitos legais para a decretação da expulsão. 4. Direitos dos estrangeiros durante o processo de expulsão. 5. Impedimento à expulsão; 6. Execução da expulsão. 7. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A política migratória brasileira historicamente oscilou entre dois eixos centrais: a proteção dos direitos humanos e o exercício da soberania nacional para controlar a permanência de estrangeiros em seu território. Nesse contexto, as retiradas compulsórias de estrangeiros — que englobam repatriação, deportação, expulsão e extradição — materializam essa dualidade. Entretanto, por serem mecanismos de controle estatal, também devem submeter-se aos princípios internacionais de proteção dos direitos humanos, garantindo um equilíbrio entre segurança jurídica e respeito à dignidade humana.

A Lei nº 13.445/2017, denominada Lei de Migração, representou uma mudança na regulação dos procedimentos administrativos relacionados à retirada de estrangeiros do Brasil. Diferentemente do antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), que era marcado por um viés securitário

¹ Delegado de Polícia Federal. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Federal do Ceará - UFC. Link de lattes: <http://lattes.cnpq.br/5260826767063288> Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-8529-7577>. E-mail: leonardo_pordeus@yahoo.com.br

e autoritário, a legislação vigente busca promover uma abordagem mais equilibrada, alinhando soberania estatal e respeito aos direitos dos migrantes.

Sob a ótica do Direito Internacional, as retiradas compulsórias estão sujeitas a limitações impostas por compromissos assumidos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e os tratados da ONU sobre migração e refugiados.

O art. 22, item 6, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos prescreve que: “O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.”²(CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969) Enquanto o artigo 37, da Lei 9474/1997 enuncia: “Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.” (Brasil, 1997)

Aspecto relevante diz respeito à vulnerabilidade de grupos específicos, como refugiados, apátridas e vítimas de perseguição ou violência. A legislação brasileira incorpora o princípio do *non-refoulement*, que proíbe a deportação ou expulsão de indivíduos para países onde correm risco de sofrer perseguições, tortura ou graves violações de direitos humanos³. No entanto, a efetiva aplicação desse princípio depende de processos administrativos e judiciais que garantam uma análise individualizada de cada caso, evitando decisões sumárias que possam colocar vidas em risco.

Embora a Lei de Migração tenha modernizado a abordagem brasileira em relação à permanência de estrangeiros, os desafios jurídicos e institucionais permanecem significativos. A compatibilização das retiradas compulsórias com as garantias fundamentais continua sendo um dos grandes desafios do direito migratório brasileiro. Para superá-lo, é imprescindível promover uma constante revisão das práticas administrativas, alinhando-as aos compromissos internacionais de direitos humanos e fortalecendo as

² CIDH. Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

³ Art. 62. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal

instituições responsáveis pela gestão migratória. Somente assim será possível construir uma política migratória verdadeiramente justa, inclusiva e respeitosa dos direitos fundamentais.

As medidas administrativas de retirada compulsória estão disciplinadas nos artigos 45 a 62 da Lei 13.445 de 2017 e regulamentadas na Instrução Normativa DG/PF nº 226, de 5 de maio de 2022⁴.

São medidas de retiradas compulsórias no Brasil: repatriação, deportação, expulsão e extradição.

A repatriação configura-se como uma medida administrativa destinada a devolver ao país de procedência ou de nacionalidade a pessoa que se encontra em situação de impedimento para ingresso ou permanência no território nacional. Realiza-se através da imediata comunicação do ato administrativo fundamentado à empresa transportadora e à autoridade consular do país de procedência do estrangeiro (Mazzuoli, 2019)⁵.

A deportação constitui uma medida administrativa resultante de procedimento legal que implica a retirada compulsória de migrante ou visitante que ingressou de maneira irregular ou cuja estadia se encontra em situação irregular no território nacional. Tem procedimento regulado na Lei 13.445 e na IN 226/2023. Ocorre por iniciativa das autoridades locais, sem envolvimento da cúpula do governo: no Brasil, a Polícia Federal tem atribuição para promover a deportação de estrangeiros, quando não for o caso de regularizar a documentação (Rezek, 2018)⁶. Segue um rito administrativo iniciado por portaria, com defesa técnica e que deve ser concluído mediante expedição de relatório no prazo de sessenta dias.

A expulsão configura-se como uma medida administrativa que determina a retirada compulsória de um migrante ou visitante do território nacional, condenado judicialmente, acompanhada da imposição de impedimento de reingresso por período estabelecido.

⁴ Texto integral obtido através da Lei de Acesso à Informação – SEI 08198.002143/2025-64

⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁶ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

A literatura jurídica considera que a nova lei de migração restringiu fortemente o uso da expulsão. Inexiste hodiernamente a possibilidade de se expulsar um estrangeiro por ofensa à ordem pública. (Accioly, 2023)⁷.

A extradição é uma medida de cooperação jurídica internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado, por meio da qual se solicita ou se concede a entrega de uma pessoa sujeita à condenação penal transitada em julgado ou cuja presença seja requerida para a instrução de processo penal em andamento, em conformidade com os tratados internacionais e a legislação nacional aplicável.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar o processo administrativo do inquérito policial de expulsão no Brasil, desde a expedição da portaria instauradora até a efetivação da medida expulsória, tendo como base exame bibliográfico e documental qualitativo, estudo da legislação reguladora e jurisprudência de tribunais superiores. Busca-se, assim, compreender as etapas desse procedimento, as garantias processuais envolvidas e os desafios enfrentados na compatibilização entre soberania estatal e proteção dos direitos fundamentais dos migrantes, especialmente no que tange à aplicação do contraditório, da ampla defesa e do princípio do *non-refoulement*.

2 O PROCESSO DO INQUÉRITO POLICIAL DE EXPULSÃO

2.1. Definição e características do inquérito de expulsão

O inquérito de expulsão é um procedimento administrativo, presidido por delegado de Polícia Federal, instaurado de ofício, por determinação do Ministro da Justiça e Segurança Pública e requisição fundada em sentença, com o objetivo de investigar e avaliar a pertinência da expulsão de estrangeiro do Brasil. Tem a finalidade de investigar as circunstâncias que possam justificar ou não a expulsão, sempre considerando a gravidade da conduta e a possibilidade de ressocialização do indivíduo no território nacional.

⁷ ACCIOLYI, Hidelbrando. SILVA, G. E. do Nascimento. CASELLA, Paulo Borba; **Manual de direito internacional público**. 26a ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

O inquérito é conduzido pela Polícia Federal, mas a decisão final cabe ao Ministro da Justiça e Segurança Pública, que avaliará a conveniência e oportunidade da medida. O processo assegura o direito de defesa ao estrangeiro, incluindo a nomeação de defensor público caso o indivíduo não apresente defesa própria, além da possibilidade de recorrer à revisão administrativa. A análise considera não apenas a gravidade do ilícito, mas também aspectos sociais, familiares e possibilidades de ressocialização do estrangeiro. Em conformidade com o direito internacional, a expulsão deve ser analisada de forma individual, sendo vedada a prática de expulsões coletivas⁸⁹. O procedimento deve abordar fatores que impeçam a expulsão, como a presença de filhos brasileiros sob dependência econômica ou social, casamento com brasileiro ou idade avançada associada a longa residência no Brasil.

2.2. Etapas do Processo Administrativo de Expulsão

O Inquérito de expulsão é iniciado com a expedição de portaria, por determinação do Ministro da Justiça e requisição fundamentada em sentença. Para a sua instauração, é necessário existir uma das causas previstas no art. 54 da Lei 13.445/2017, como condenação criminal transitada em julgado por crimes descritos no Estatuto de Roma ou crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, levando em conta a gravidade da conduta e a possibilidade de ressocialização do estrangeiro.

A portaria instauradora do Inquérito Policial de Expulsão desempenha um papel central no processo administrativo migratório, devendo conter um relato sucinto do fato motivador, a localização e a condição migratória do migrante ou visitante, bem como a fundamentação legal pertinente. A peça deve determinar, de forma imediata, uma série de providências essenciais para garantir o respeito ao devido processo legal. Entre essas providências, destaca-se a notificação preferencialmente por meio eletrônico do expulsando sobre a instauração do IPE, acompanhada da data e horário designados para

⁸ Art. 61 da Lei 13.445/2017: Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas.

⁹ Art. 22, item 9 da CADH: É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

seu interrogatório. Na hipótese de o expulsando contar com um defensor constituído, este também deverá ser notificado eletronicamente, sendo informado sobre a instauração do inquérito, a data do interrogatório e o prazo de dez dias para apresentação de defesa técnica escrita, contados a partir da realização do interrogatório. No caso de ausência de defensor constituído, caberá à Defensoria Pública da União ser notificada, assegurando um prazo de vinte dias para a apresentação da defesa técnica escrita após o interrogatório. Paralelamente, é necessário que a repartição consular do país de origem do expulsando seja igualmente notificada sobre a instauração do IPE. Por fim, como medida complementar, deve ser ativado um alerta no Sistema de Trâmite Internacional Migratório e Repressivo (STI-MAR), com a descrição “Instaurado Inquérito de Expulsão”, acompanhado das respectivos peças, garantindo-se assim a transparência e a rastreabilidade do processo.

Esses procedimentos refletem a preocupação em equilibrar a eficiência administrativa com a observância dos direitos fundamentais do expulsando, conforme preconizado pela legislação nacional e pelos princípios internacionais de proteção aos migrantes. O STJ, no Habeas Corpus 333.902, estabeleceu que a expulsão de estrangeiro reconhecido como refugiado não pode ocorrer sem a prévia e regular perda dessa condição em processo administrativo específico. A edição de portaria de expulsão antes desse procedimento é considerada nula, mesmo que seus efeitos estejam suspensos para posterior convalidação.¹⁰

Após a instauração, o estrangeiro e o defensor são notificados para o interrogatório e apresentação de defesa técnica no prazo de 10 dias (advogado constituído) ou vinte dias (Defensoria Pública da União). O interrogatório deverá conter a qualificação do expulsando, data de nascimento, filiação, e, sempre que possível, os dados completos de seu documento de viagem. Há no art. 34 da IN 226/2023 um rol de perguntas exemplificativo que deverá ser feito ao expulsando.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/25062023-Do-Estatuto-do-Estrangeiro-a-Lei-de-Migracao--a-evolucao-da-jurisprudencia-do-STJ-sobre-expulsao-de-estrangeiros.aspx>. Acesso em: 09 fev. 2025.

Para o interrogatório deverão ser empregados meios que assegurem ao estrangeiro o entendimento do ato administrativo.

Caso necessário, são realizadas diligências investigativas para a coleta de elementos de informação que fundamentem ou impeçam a realização da expulsão. Documentos e informações relevantes sobre a conduta do estrangeiro e seus vínculos sociais e familiares no Brasil são anexados ao inquérito. No caso de diligências após o interrogatório, o defensor terá novo prazo para apresentação de defesa técnica. A defesa deve abranger os aspectos legais e fáticos relacionados à instauração do inquérito, incluindo circunstâncias que possam impedir a expulsão (como filhos brasileiros sob dependência ou casamento com brasileiros).

Com a conclusão da investigação, a autoridade policial elabora um relatório circunstanciado contendo manifestação sobre a pertinência da expulsão, que é encaminhado ao Ministro da Justiça. O Ministro avalia o relatório e decide pela conveniência ou não da expulsão. Caso a expulsão seja decretada, é emitida uma portaria com os detalhes da medida, incluindo o prazo para que o estrangeiro deixe o país. A execução é realizada pela Polícia Federal, garantindo que o estrangeiro seja conduzido ao país de destino ou outro que o receba. São proibidas expulsões que possam resultar em perseguição, tortura ou tratamentos degradantes no país de destino. O estrangeiro expulso fica proibido de reingressar no Brasil por um período determinado, conforme especificado na portaria de expulsão.

O prazo de vigência da medida de impedimento para reingresso vinculado aos efeitos da expulsão será proporcional ao prazo total da pena aplicada e não poderá ser superior ao dobro de seu tempo, devendo ser estipulado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O descumprimento do prazo de impedimento para o reingresso ao Brasil configura crime conforme o Código Penal brasileiro. Disciplina o artigo 338 do Código Penal que quem reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena - reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena. (Brasil, 1940). O reingresso de um estrangeiro expulso no território nacional é tipificado no

artigo 338 do Código Penal Brasileiro, sem prejuízo da aplicação de uma nova expulsão após o cumprimento da sanção penal. A norma reflete o interesse do Estado em assegurar o cumprimento das decisões administrativas de expulsão e preservar a soberania nacional no controle migratório.

A jurisprudência brasileira consolidou entendimentos importantes sobre esse delito, explicando aspectos fundamentais para sua caracterização e aplicação. O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que o crime em questão possui natureza instantânea, consumando-se no exato momento em que o estrangeiro retorna ao Brasil após ter sido expulso. Decidiu o STJ:

Criminal. Conflito de competência. Reingresso de estrangeiro expulso. Cidadão chileno que retorna ao Brasil logo após a efetivação de sua expulsão. Crime permanente x crime instantâneo. Consumação no momento do reingresso. Delito instantâneo. Competência firmada pelo art. 70 do CPP. Conflito conhecido. Competência do juízo de Corumbá/MS declarada. (STJ, CC n. 40.112/MS, 3 a S., rel. Min. Gilson Dipp, j. 10. 12. 2003, DJU 16.02.2004)

A competência para julgamento do delito é definida com base no local onde ocorreu o reingresso, o que pode variar dependendo do ponto de entrada do indivíduo no território nacional. Ademais, para a configuração do delito, é indispensável que o estrangeiro tenha efetivamente deixado o país em decorrência da expulsão e, posteriormente, retornado sem autorização legal. Caso o indivíduo permaneça no Brasil após a decretação da expulsão, sem ter saído do território nacional, não se configura o crime previsto no artigo 338 do Código Penal. Nessa hipótese, a situação deve ser tratada exclusivamente sob a ótica administrativa, sem implicar na incidência do tipo penal específico

2.3. Devido Processo Legal e Contraditório no âmbito do Inquérito de Expulsão

O inquérito de expulsão, conforme estabelecido pela Lei 13.445/2017 e regulamentado pela IN 226/2022, deve respeitar os princípios do devido

processo legal e do contraditório, assegurando aos estrangeiros a possibilidade de defesa em todas as etapas do procedimento.

Esses princípios derivam do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, que garantem o direito à ampla defesa e ao contraditório, aplicáveis a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

O estrangeiro tem o direito de ser notificado sobre a instauração do inquérito e de participar ativamente do processo, apresentando documentos e argumentos que possam impedir a sua expulsão. A nomeação de um defensor dativo é obrigatória caso o expulsando não apresente advogado constituído, garantindo que não haja prejuízo no contraditório. Cada caso deve ser analisado de forma individual, considerando fatores como gravidade da conduta, possibilidade de ressocialização e vínculos familiares no Brasil.

A expulsão é limitada por convenções internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, e pela própria legislação brasileira, que proíbe expulsões coletivas e impede a remoção de estrangeiros para países onde possam ser submetidos a tratamentos degradantes ou perseguições. A decisão final sobre a expulsão cabe ao Ministro da Justiça e Segurança Pública, mas esta deve ser fundamentada em um processo administrativo que respeite as garantias processuais.

O Poder Judiciário tem competência apenas para avaliar a regularidade formal do processo e não para interferir no mérito da decisão executiva. Em decisões sobre expulsão de estrangeiros em situação de refugiados, os tribunais enfatizaram que o ato de expulsão só pode ser validado após um procedimento administrativo regular que respeite o contraditório e a ampla defesa.

No HC 72082¹¹, o STF julgou que o meio adequado para se impugnar o decreto expulsório é o habeas corpus:

EMENTA: EXPULSAO. DECRETO PRESIDENCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSAO EM HABEAS CORPUS. ATO EXPULSORIO. DISCRICIONARIEDADE MITIGADA. POSSIBILIDADE DE RECURSO

¹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 72082, Rel. Min. Francisco Rezek. DJe 01/03/1993. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73537>. Acesso em: 08 fev 2025.

ADMINISTRATIVO E JUDICIARIO. CAUSA EXCLUDENTE DA EXPULSABILIDADE: FILHO BRASILEIRO DEPENDENTE DA ECONOMIA PATERNA. NÃO DEMONSTRADA. PEDIDO INDEFERIDO. I. O meio processual adequado para se impugnar decreto expulsório é o habeas corpus. Assim se firmou a jurisprudência do Supremo, seja porque o expulsando via de regra está preso, seja porque se trata de remédio mais expedito. Conversão do mandado de segurança originalmente interposto em habeas corpus. Prejudicada, em consequência, a ação mandamental. II. A expulsão e ato discricionário do Poder Executivo. Não se admite, no entanto, ofensa a lei e falta de fundamentação. Contra o ato expulsório são possíveis recurso administrativo -- pedido de reconsideração -- e apelo ao Poder Judiciário. Quanto a este, o escopo de intervenção é muito estreito. Cuida o judiciário apenas do exame da conformidade do ato com a legislação vigente. Não examina a conveniência e a oportunidade da medida, circunscrevendo-se na matéria de direito: observância dos preceitos constitucionais e legais (HHCC 58.926 - RTJ 98/1045 e 61.738 - RTJ 110/650, entre outros) (STF, Relator: Francisco Rezek, julgamento, 19/04/1995, publicação 01/03/1996).

O Superior Tribunal de Justiça concedeu habeas corpus ao considerar que a expulsão de um refugiado sem prévia conclusão do processo de perda do refúgio era ilegal, pois violava a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e o devido processo legal¹². A jurisprudência pacificou o entendimento de que o Judiciário não deve intervir no mérito das decisões administrativas de expulsão, mas pode verificar se houve respeito aos requisitos formais e se o contraditório foi garantido.

O Supremo Tribunal Federal reforçou a importância da análise individualizada nos casos de expulsão, especialmente quando há dependência econômica de filhos brasileiros. Julgado do STF destaca que a existência de vínculos familiares relevantes pode inviabilizar a expulsão, sob pena de violar direitos fundamentais e a unidade familiar garantidos pela Constituição¹³.

A novel legislação apresenta a possibilidade de reavaliação e cancelamento da medida de expulsão, caso haja mudança nas circunstâncias

¹² HABEAS CORPUS Nº 333.902 - DF (2015/0206886-1)

¹³ HABEAS CORPUS 92.769 RIO DE JANEIRO

que motivaram a decisão inicial. O estrangeiro expulso pode solicitar a revisão da medida se demonstrar que cessaram os motivos que justificaram a expulsão ou que há novos elementos que recomendam a sua permanência no país.

O Superior Tribunal de Justiça atualmente impede a expulsão de estrangeiro pai de criança nascida inclusive após a condenação penal que serve de fundamento à expulsão ou, até mesmo após a decretação da medida¹⁴. No RHC 123891, o STF obistou a expulsão de estrangeiro que adotou criança após o fato causador da expulsão. Mesmo a dependência socioafetiva, desde que comprovada, é suficiente para obstar a expulsão. No Habeas Corpus nº. 426782¹⁵ - SP, o STJ obistou a expulsão de estrangeiro genitor de filho com dependência socioafetiva comprovada.

2.4. Atribuições das Autoridades AdminiGrativas

A Polícia Federal é responsável por iniciar o inquérito, de ofício e por determinação do Ministro da Justiça e Segurança Pública a partir de requerimento judicial. Durante o inquérito, a Polícia Federal realiza diligências para reunir evidências e informações sobre a conduta do estrangeiro, sua vida no Brasil e eventuais impedimentos legais à expulsão. Ao final da investigação, o delegado de Polícia Federal elabora um relatório circunstanciado sobre a viabilidade da medida expulsória, contendo subsídios para a decisão do Ministro da Justiça.

O Ministro avalia o relatório da Polícia Federal e decide, com base nos princípios da conveniência e oportunidade, pela expulsão ou não do estrangeiro. Cabe a ele estabelecer o prazo de impedimento de reingresso no território nacional e determinar eventuais condições especiais.

¹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/25062023-Do-Estatuto-do-Estrangeiro-a-Lei-de-Migracao-a-evolucao-da-jurisprudencia-do-STJ-sobre-expulsao-de-estrangeiros.aspx>. Acesso em 20/01/2025. STJ, HC 452.975/SP, Relator Ministro Teodoro Silva Santos, julgamento em 12/06/2024, publicacao em 18/06/2024. Acesso em: 21 de jan. 2025.

¹⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 426782, Rel. Min. Teodoro Silva Santos. DJe 18/06/2024. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703092022&dt_publicacao=18/06/2024. Acesso em: 20 jan 2025.

Quanto ao prazo, será proporcional ao prazo total da pena aplicada e nunca será superior ao dobro de seu tempo. O Ministro deve considerar fatores que impedem a expulsão, como a presença de filhos brasileiros sob dependência econômica ou vínculos familiares relevantes.

A Defensoria Pública da União deve ser notificada da instauração do inquérito caso o estrangeiro não tenha defensor constituído, assegurando o contraditório e a ampla defesa. Por fim a repartição consular do país de origem deve ser informada da instauração do Inquérito de Expulsão. Por vezes se faz necessária a consulta da nacionalidade declarada ao representante consular, nos casos em que a entrada no país ocorreu com a utilização de documento falso ou ocorreu o extravio.

3 REQUISITOS LEGAIS PARA A DECRETAÇÃO DA EXPULSÃO

A Lei prevê que a expulsão de estrangeiros pode ser decretada nos casos de condenação definitiva, mediante sentença transitada em julgado, pela prática de crimes de elevada gravidade, tais como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou crimes de agressão, conforme definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Além disso, a medida também pode ser aplicada a estrangeiros condenados por crimes comuns dolosos, puníveis com pena privativa de liberdade. Nesse contexto, a decisão administrativa deverá considerar, de forma criteriosa, tanto a gravidade do crime cometido quanto a viabilidade de ressocialização do estrangeiro no território nacional.

A decisão pela expulsão deve ser tomada com base na proporcionalidade, avaliando-se os impactos sociais e familiares, bem como os riscos à segurança pública. Não são admitidas expulsões coletivas. O estrangeiro não pode ser expulso para países onde sua integridade física ou liberdade estejam ameaçadas por perseguição política, religiosa, ou qualquer forma de discriminação. O ato de expulsão é de natureza discricionária, mas não arbitrária, devendo ser realizado em conformidade com os requisitos formais e as garantias do devido processo legal e do contraditório.

4 DIREITOS DOS ESTRANGEIROS DURANTE O PROCESSO DE EXPULSÃO

Os estrangeiros sujeitos a um processo de expulsão no Brasil têm garantias asseguradas pela Lei 13.445/2017, pela Constituição Federal e Convenções de Direitos Humanos, que promovem um equilíbrio entre a soberania estatal e a proteção dos direitos fundamentais.

Reconhecido que o Estado tem a faculdade de controlar a entrada no seu território de estrangeiros, o corolário lógico é o reconhecimento do direito correspondente à expulsão (Accioly, 2023)¹⁶. O estrangeiro tem direito de ser notificado da instauração do processo de expulsão, com a possibilidade de apresentar defesa e provas em todas as etapas. Caso o estrangeiro não tenha condições de constituir advogado, a Defensoria Pública da União é designada para garantir sua defesa.

A notificação deve ser realizada de forma pessoal e detalhada, contendo a explicitação dos motivos que ensejaram a instauração do processo administrativo, bem como as etapas subsequentes previstas no rito processual. Na hipótese de não localização do destinatário, admite-se a utilização de mecanismos subsidiários, como a publicação em portal eletrônico oficial da Polícia Federal, com vistas a assegurar a ampla publicidade e a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Após a decisão de expulsão, o estrangeiro pode apresentar um pedido de reconsideração no prazo de 10 dias, assegurando uma reanálise do caso antes da execução da medida. O respeito à dignidade é central no processo de expulsão, visando evitar tratamentos degradantes ou discriminatórios.

5. IMPEDIMENTOS À EXPULSÃO

Os impedimentos à expulsão de estrangeiros no Brasil estão definidos na Lei 13.445/2017. Esses dispositivos refletem o compromisso do Brasil

¹⁶ ACCIOLYI, Hidelbrando. SILVA, G. E. do Nascimento. CASELLA, Paulo Borba; **Manual de direito internacional público**. 26a ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

com a proteção de direitos humanos, ao estabelecer condições específicas que tornam a expulsão inaplicável, assegurando o respeito à dignidade e às garantias individuais. O direito do estado de expulsar os estrangeiros que atentarem contra a segurança nacional ou tranquilidade pública é reconhecido pelo direito internacional. O artigo 22, item 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prescreve que o estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

O Decreto nº. 50.215, de 28 de janeiro de 1961, incorporou ao ordenamento pátrio a convenção relativa ao estatuto dos refugiados, que prescreve em seu artigo 32, 1 e 2:

1. Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que esteja regularmente no seu território, senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.
2. A expulsão desse refugiado somente ocorrerá em consequência de decisão judicial proferida em processo legal. A não ser que a isso se oponham razões imperiosas de segurança nacional, o refugiado deverá ter permissão de apresentar provas em seu favor, de interpor recurso e de se fazer representar para esse fim perante uma autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas especialmente designadas pela autoridade competente. (BRASIL. 1961)

O estrangeiro não pode ser expulso se tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva. É vedada a expulsão caso o estrangeiro seja casado ou viva em união estável com brasileiro(a), desde que a relação seja reconhecida legalmente.

Aqueles que ingressaram no Brasil até os 12 anos de idade e residem desde então no território nacional não podem ser expulsos. Estrangeiros com mais de 70 anos de idade, que residam há mais de 10 anos no Brasil, também são protegidos contra a expulsão.

As mudanças no instituto da expulsão ocorridas com a Lei 13.445/2017, refletem um compromisso maior com os direitos humanos e a dignidade dos migrantes, promovendo uma política de imigração mais humanitária.

A nova lei contribui para a integração dos migrantes, reconhecendo seu potencial de contribuição para a sociedade brasileira e oferecendo-lhes maiores garantias de estabilidade e segurança jurídica.

6. EXECUÇÃO DO DECRETO DE EXPULSÃO

A execução do decreto de expulsão é o ato final do processo administrativo de expulsão, realizado em conformidade com a Lei 13.445/2017, a Instrução Normativa 226/2022 e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O decreto de expulsão é emitido pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, com base nos fatos apurados durante o inquérito administrativo conduzido pela Polícia Federal, nos pareceres jurídicos e técnicos que atestem a regularidade da medida e com respeito às condições de inexpulsabilidade previstas na Lei de Migração.

Após a emissão, o decreto especifica o prazo para que o estrangeiro deixe o território nacional e o período de proibição de reingresso no Brasil. O estrangeiro deve ser formalmente notificado sobre o decreto de expulsão, com informações claras sobre: o prazo para saída voluntária e os motivos que fundamentam a decisão e as consequências do descumprimento, incluindo sanções administrativas e penais.

A notificação pode ser realizada pessoalmente, em sua residência ou local de custódia, ou por meio de publicação oficial, caso o estrangeiro esteja em local incerto. A execução material do decreto é conduzida pela Polícia Federal, que coordena o planejamento logístico, a identificação do meio de transporte adequado (aéreo, terrestre ou marítimo), a comunicação com as autoridades do país de destino para garantir a recepção do estrangeiro, a escolta até o ponto de saída (aeroporto, fronteira terrestre ou porto).

O estrangeiro não pode ser enviado para um país onde possa ser submetido a tortura, perseguição ou tratamentos cruéis e degradantes. O estrangeiro tem o direito de apresentar pedidos de reconsideração ou medidas judiciais enquanto não for efetivamente retirado do território

nacional. O Decreto estabelece o período de proibição de reingresso no Brasil. A fiscalização é realizada pelas autoridades migratórias e de fronteira, em especial, mediante consulta ao sistema de tráfego internacional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inquérito policial de expulsão de estrangeiros no Brasil configura-se como um procedimento administrativo complexo, pois envolve a interseção entre a soberania estatal e a tutela dos direitos fundamentais. Há o desafio em equilibrar a soberania estatal e a proteção aos direitos humanos. A análise desenvolvida ao longo deste estudo permitiu demonstrar que, embora a Lei nº 13.445/2017 represente um avanço significativo em relação à legislação anterior, a sua aplicação prática ainda enfrenta desafios substanciais, especialmente no que tange à garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu preâmbulo, reconhece que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”¹⁷.

O exame das etapas procedimentais do inquérito de expulsão evidenciou que há um arcabouço normativo destinado a assegurar um processo minimamente justo ao migrante. A individualização da análise, exigida tanto pela legislação nacional quanto pelos tratados internacionais, exige um olhar atento às circunstâncias específicas de cada caso, considerando fatores como vínculos familiares, dependência socioafetiva e possibilidades de ressocialização. Entretanto, a efetiva implementação dessas garantias depende da atuação das autoridades envolvidas, notadamente da Polícia Federal, do Ministério da Justiça e da Defensoria Pública da União. A existência

¹⁷ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

de lacunas operacionais e a assimetria de acesso à assistência jurídica são fatores que podem comprometer o exercício pleno da defesa por parte do estrangeiro submetido ao procedimento expulsório.

Um dos pontos centrais do estudo reside na discussão sobre os impedimentos à expulsão, em especial aqueles relacionados à proteção da unidade familiar e ao princípio do *non-refoulement*. Esse princípio, aliado às garantias processuais previstas na Lei de Migração, evidencia o compromisso do Brasil com a proteção de grupos vulneráveis, como refugiados, apátridas e vítimas de perseguição. A jurisprudência dos tribunais superiores tem desempenhado papel crucial na concretização desses direitos, vedando a expulsão de indivíduos que possuem vínculos socioafetivos relevantes no Brasil ou que possam ser submetidos a tratamentos degradantes em seus países de origem. Essa atuação do Poder Judiciário tem sido essencial para mitigar eventuais excessos administrativos e reforçar a necessidade de uma análise individualizada em cada caso.

Outro aspecto relevante diz respeito ao caráter discricionário da decisão de expulsão tomada pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública. Embora a discricionariedade seja um atributo inerente ao ato administrativo, ela não pode se confundir com arbitrariedade. Nesse sentido, é fundamental que as decisões sejam devidamente fundamentadas, respeitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos.

A presente pesquisa também ressaltou a importância de um aprimoramento constante das práticas administrativas e legislativas relacionadas ao inquérito de expulsão. É imprescindível que haja uma maior transparência no processo, além de medidas que garantam o acesso amplo à informação e à defesa técnica qualificada. Ademais, a capacitação dos agentes públicos envolvidos é um fator determinante para que as normativas sejam aplicadas de forma adequada e alinhada aos padrões internacionais de direitos humanos.

Diante do exposto, conclui-se que, apesar dos avanços normativos promovidos pela Lei de Migração e sua regulamentação, o processo de

expulsão de estrangeiros no Brasil ainda carece de aperfeiçoamentos para garantir um equilíbrio efetivo entre a soberania nacional e a proteção dos direitos fundamentais. O fortalecimento das garantias processuais, a análise individualizada de cada caso e o respeito aos impedimentos legais são elementos essenciais para assegurar que o procedimento expulsório não se converta em um mecanismo de violação de direitos, mas sim em um instrumento que respeite a dignidade humana e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACCIOLYI, Hidelbrando. SILVA, G. E. do Nascimento. CASELLA, Paulo Borba; **Manual de direito internacional público**. 26a ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848/1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RHC 123891, Rel. Min. Rosa Weber. DJe 27/03/2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343953883&ext=.pdf>. Acesso em: 08 fev 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 72082, Rel. Min. Francisco Rezek. DJe 01/03/1993. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73537>. Acesso em: 08 fev 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 426782, Rel. Min. Teodoro Silva Santos. DJe 18/06/2024. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703092022&dt_publicacao=18/06/2024. Acesso em: 20 jan 2025.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KUKINA, Sérgio Luíz; FERNANDES, Cleanto de A. C. **A expulsão de estrangeiros frente à nova lei de migração.** In VELLOSO, Ana Flavia; JARDIM, Tarciso Dal Maso (Coord.). **A nova lei de migração e os regimes internacionais.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 147-174.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 12a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NOGUEIRA, Nadja Ponte. **Expulsão de Estrangeiro: Repensando um Instituto Antigo.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

PARDI, Luis Vanderlei. **O Regime Jurídico da Expulsão de Estrangeiros no País.** São Paulo: Almedina, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Alan Robson Alexandrino. **Retiradas Compulsórias de Estrangeiros do Brasil e a Convenção Americana de Direitos Humanos.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, Universidade Federal de Roraima. Boa Vista, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2020.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público.** 8. Ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

Revitimização e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 1.107

Luana Lucena da Silva¹

Sumário: 1. Revitimização: conceito e implicações jurídicas. 2. Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental na Ordem Constitucional. 3. Contextualização e aplicação da ADPF 1.107. 4. Considerações Finais .Referências.

1 REVITIMIZAÇÃO: CONCEITO E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Historicamente, os direitos das mulheres vêm sendo garantidos por meio de lutas e reivindicações, já que nem sempre tiveram todo o aparato legal do Estado. Nos tempos do Código Imperial eram estabelecidas punições mais severas para o estupro de “mulheres honestas”, diferenciando-as das prostitutas, como nas Ordenações Filipinas. Além disso, absurdamente, permitia-se a extinção da pena do agressor caso ele se casasse com a vítima menor de 17 anos e virgem (BRASIL, 2024)².

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assinalou a consolidação formal da igualdade entre homens e mulheres, conduzindo à criação de leis para proteger os direitos femininos e reduzir a desigualdade de gênero, como, por exemplo, a Lei Maria da Penha. No âmbito internacional, a Declaração

¹ Assistente Judiciária do Tribunal de Justiça do Ceará – TJCE. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5089704748513793>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-7330-0127>. E-mail: lualucena.adv@gmail.com

²BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 1.107 - Estratégias de desqualificação de vítimas em processos criminais envolvendo violência contra a mulher. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 23 maio 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF1107desqualificac807a771odavi769tima_AOLC.pdf. Acesso em: 16 jan. 2025.

sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres – realizada em 1967 - corroborou também esse compromisso ao prever, em seu artigo 3º, a adesão de medidas para erradicar práticas fundamentadas na ideia de inferioridade das mulheres (Brasil, 2024).

Em seu artigo 1º, inciso III, a CF/88, assegura a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, garantindo ainda que haja a igualdade entre homens e mulheres como um objetivo fundamental, conforme artigo 3º, incisos I e IV. Sendo essa igualdade também explicitamente prevista no artigo 5º, caput e inciso I, e reforçada no que se refere às relações familiares elencada no artigo 226, § 5º, evidenciando o compromisso constitucional com a promoção da justiça e a equidade de gênero em todos os campos da sociedade (Brasil, 1988). Segundo Câmara (2017)³, diante de tais garantias e direitos, todos os processos que tramitam perante a justiça brasileira devem seguir o devido processo constitucional, que é aquele que respeita as garantias e os preceitos fundamentais assegurados pela Carta Magna.

Na visão de Marta (2019)⁴, esses Direitos Fundamentais são como ferramentas essenciais para proteger os grupos mais vulneráveis, atuando também como mecanismos de inclusão social. Eles buscam assegurar a essas pessoas as mesmas oportunidades desfrutadas pela maioria, promovendo a igualdade de condições. Como normas constitucionais, esses direitos contam com a proteção da jurisdição constitucional, que desempenha um papel crucial em garantir que esses grupos não sejam prejudicados ou tenham seus direitos violados, seja pelas maiorias ou pelos detentores do poder estatal.

No entanto, apesar dos avanços legais e constitucionais, a discriminação e a violência de gênero contra a mulher ainda são toleradas pelo Estado e pela sociedade. Isso se evidencia na ação de questionar a mulher vítima de

³ CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *Revista de Estudos e Debates-CEDES*, v. 2, n. 2, p. 55-68, 2017.

⁴ MARTA, Taís Nader. **Violência contra a mulher: Uma violação aos direitos humanos**. Diretoria OAB/SP. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Cient-Virtual-OAB-SP_n.33.pdf . p.10. Acesso em: 16 jan. 2025

violência sexual acerca da sua vida pessoal ou hábitos sexuais, utilizando tais informações para, de alguma forma, justificar a conduta do agressor. Essas práticas carecem de qualquer fundamento legal ou constitucional e são sustentadas por um discurso que categoriza mulheres como merecedoras ou não de violência, relativizando o estupro e reforçando a tolerância social em relação a esse crime (Brasil, 2024).

Nesse contexto, a prática de desqualificar as mulheres vítimas de violência sexual tenta inferir a culpa pelo crime à vítima, no lugar de responsabilizar o criminoso, alimentando preconceitos e discriminações contra as mulheres, ao insinuar que crimes sexuais seriam aceitáveis caso o comportamento da vítima não se alinhe aos padrões sociais impostos. Além do mais, ao expor a vida pessoal da mulher durante o processo, lugar onde ela já ocupa a posição de vítima, aumenta-se seu sofrimento, causando uma sobrevivitização desnecessária e profundamente injusta (Brasil, 2024).

Assim, para uma melhor compreensão da temática, apresenta-se a definição constante na justificção do Projeto de Lei nº 1888/2021, de autoria da Senadora Simone Tebet (MDB/MS), em que a Revitimização, Sobrevitimação ou Vitimização secundária configura uma forma de violência institucional que intensifica a rota crítica no enfrentamento da violência sexual, em que as vítimas são submetidas a questionamentos impregnados por concepções discriminatórias historicamente enraizadas por um sistema que é amplamente patriarcal e machista. Essas inquirições frequentemente exploram aspectos da vida privada das vítimas, como suas vestimentas, comportamentos pessoais ou experiências sexuais, muitas vezes sem qualquer relação com os fatos em questão.

A partir de tal perspectiva, conforme Da Costa (2024)⁵, percebe-se que o machismo ainda se manifesta tanto de forma velada quanto explícita, e o pior, não apenas no cotidiano e nas relações entre as pessoas, mas também no próprio sistema de justiça, cuja hierarquia é pautada em uma

⁵ DA COSTA, Marli Marlene Moraes; DIOTTO, Nariel. Lawfare de gênero e a culpabilização das mulheres vítimas de violência sexual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 10(2024), Nº 1. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2024/1/2024_01_0663_0688.pdf. Acesso em: 14 jan.2025.

cultura de disparidades de gênero, o que acaba legitimando e perpetuando esse tipo de opressão. Na esfera da justiça criminal, a desqualificação das mulheres vítimas de violência sexual é algo rotineiro, resultado da falta de sensibilidade (de alguns) e da organização sexista que transpassa o sistema, pois servidores, defensores e magistrados frequentemente culpabilizam as mulheres, negando-lhes um atendimento humanizado, violando, desse modo, as suas garantias constitucionais e legais.

Menciona Barbosa et al. (2024) que ao buscarem apoio das instituições, essas mulheres enfrentam novos abusos de agentes públicos que, em vez de oferecerem acolhimento, reproduzem desigualdades por meio de narrativas discriminatórias. O que na concepção de Da Costa (2024), demonstra que os padrões morais e sexuais continuam a influenciar os julgamentos, perpetuando a ideia de que o corpo feminino é público e sujeito ao domínio masculino, sobretudo quando essas mulheres não atendem às expectativas patriarcais de submissão e recato.

Por essa razão, Da Costa (2024) ressalta que se torna totalmente imprescindível que esses agentes tenham treinamento especializado e sejam responsabilizados por tais atitudes, pois investigar ou julgar casos de crimes sexuais e violência contra a mulher com base em questionamentos acerca do comportamento ou o estilo de vida da vítima confronta os preceitos fundamentais.

Nesse cenário de violação dos direitos das mulheres perante o Estado, o judiciário e as instituições responsáveis por serem os detentores de competências capazes de assegurarem esses direitos, imperioso se faz voltar os olhares para a situação dos julgamentos envolvendo mulheres vítimas de violência sexual, uma vez que as estatísticas demonstram que esse tipo de crime aumenta a cada ano, pois conforme divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024), apenas no ano de 2023, um novo recorde de estupros e estupros de vulneráveis consumados foram registrados, com 83.988 vítimas, o que perfaz 1(um) crime de estupro a cada 6 minutos. “Em relação ao sexo, a grande maioria das violências sexuais atingem meninas e mulheres, de modo que 88,2% das vítimas são do sexo feminino”, ainda

consoante aos dados trazidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024, p. 165)⁶.

Assim sendo, o que se nota atualmente é o fato de muitas vítimas de violência sexual serem desencorajadas por policiais e pelo sistema de justiça como um todo ao tentarem registrar a denúncia, já que mitos sobre estupro alimentam a ideia de que mulheres inventam acusações para se vingar de seus parceiros ou que provocam a violência por seu comportamento ou vestimenta. Entretanto, essas percepções reduzem a gravidade da violência e deslocam a culpa do agressor para a vítima (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024), fomentando ainda mais a subnotificação nos crimes sexuais em desfavor das mulheres.

Como forma de combater essas violações, alguns instrumentos do Processo Constitucional estão sendo apresentados perante o STF, a fim de se resguardarem os direitos das mulheres no intuito de se combater a desigualdade de gênero no sistema de justiça. Uma das formas de fazer isso, é pelas ações de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, que vêm sendo, frequentemente, propostas pelos seus legitimados, nos termos do art. 103 da CF/88, do art. 2º da Lei n.º 9868/99 e art. 2º, inciso I, da Lei n.º 9882/99.

Por isso, antes de adentrarmos na contextualização da ADPF n.º 1.107, que é o objeto de estudo deste artigo, será realizado um breve apanhado sobre o conceito, a natureza jurídica e finalidade da ADPF no controle de constitucionalidade.

2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL

A Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental foi introduzida pela Constituição Federal de 1988 e tem como propósito a facilitação do manuseio dogmático e pragmático do Direito Processual Constitucional

⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2024. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2024/07/anuario-2024.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2025.

Brasileiro, considerando a sua importância para o âmbito jurídico e político (Guerra Filho, 2007)⁷. Do ponto de vista de Silva (2007), é uma ação que possui grande importância na instrumentalidade dos direitos fundamentais, que, na verdade, são espécies dos preceitos fundamentais,⁸ quando estão diante de ameaças ou violações provenientes de atos ou omissões do poder público (Didier Jr., 2011)⁹.

Ela possui como base legal o artigo 102, parágrafo primeiro, da Constituição e a Lei n.º 9.882/99, que regulamenta o processo e julgamento da ADPF. No entanto, ao se analisarem essas normas, o que se percebe é que nenhuma delas explicita o que seria um preceito fundamental.¹⁰ O que

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸ **Preceito fundamental** é qualquer norma constitucional (princípio ou regra) que seja dotada do aspecto da fundamentalidade, ou seja, do caráter de ser prescrição essencial e básica da ordem do país e da sociedade considerada como um todo. São normas que representam os valores conformadores e de identificação de uma Constituição, os quais não se apresentam de uma forma taxativa, mas que podem, a priori, ser detalhados, dentro de nosso sistema constitucional, da seguinte maneira: os princípios fundamentais expressos nos artigos 1º e 4º, ganhando preponderância aqui o princípio da dignidade da pessoa humana; os direitos e garantias fundamentais do art. 5º e aqueles direitos declarados fundamentais pelos dispositivos dos parágrafos 2º e 3º desse mesmo artigo; as cláusulas pétreas do parágrafo 4º do art. 60; as cláusulas pétreas implícitas - a vedação de se modificar o titular do poder constituinte originário, do poder constituinte reformador e a impossibilidade de mudança no processo constitucional de emendas à Constituição; os princípios constitucionais sensíveis; as violações à reserva legal e constitucional; os direitos sociais; as garantias institucionais; e todos os princípios decorrentes e resguardadores dos elencados anteriormente. SILVA, José Edson Ursai da. O preceito fundamental como instrumento de concretização dos direitos fundamentais: por uma perspectiva legitimante do Estado Democrático de Direito. 2006. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2006. Disponível em: Repositório da UFAL. Acesso em: 27 jan. 2025.

⁹ DIDIER JR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 6. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2011. Cap. X: Arguição de descumprimento de preceito fundamental, por Dierley da Cunha Júnior, p. 588-649.

¹⁰ Há, contudo, um certo consenso em identificar como **preceitos fundamentais**:

a) os princípios fundamentais do título da Constituição Federal, que fixam as estruturas básicas de configuração política do Estado (arts. 10 ao 4); b) os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana (sejam os declarados no catálogo expresso no título II ou não, ante a abertura material proporcionada pelo § 2º do art. 5º e, agora, pelo § 3º do mesmo artigo); c) os princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância pelos Estados autoriza até a intervenção federal (art. 34, VII) e d) as cláusulas pétreas, que funcionam como limitações materiais ou substanciais ao poder de reforma constitucional, compreendendo as explícitas (art. 60, § 4º, incisos I a IV) e as implícitas (ou inerentes, que são aquelas limitações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que, sem embargo, são inerentes ao sistema consagrado na Constituição, como, por exemplo, a vedação de modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário e do Poder Reformador, bem assim a impossibilidade de alterar o processo constitucional de emenda). Acrescentaríamos, outrossim, as normas de organização política do Estado (Título III) e de organização dos próprios Poderes (título IV), porquanto constituem o ponto nuclear do sistema federativo brasileiro e do equilíbrio entre os Poderes do Estado. DIDIER JR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 6. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2011. Cap. X: Arguição de descumprimento de preceito fundamental, por Dierley da Cunha Júnior, p. 588-649.

para Didier Jr. (2006), de fato, ensinou a responsabilidade da doutrina e do Supremo Tribunal Federal, ao apontamento em cada caso concreto, do que seria um preceito fundamental que fizesse jus à proteção pela via da arguição.

O instrumento possui caráter subsidiário e é cabível quando não houverem outros meios processuais eficazes para impedir que um ato do Poder Público cause danos a um preceito fundamental, conforme estabelece o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/1999. Além disso, pode ser utilizada quando houver controvérsia constitucional relevante sobre leis ou atos normativos federais, estaduais, municipais, mesmo os anteriores à Constituição, conforme disposto no inciso I do parágrafo único do art. 1º da mesma lei, como, ocorreu, por exemplo, na ADPF n.º 322¹¹. Reconhecendo, ainda, o Supremo Tribunal Federal a adequação da ação para impugnar interpretações judiciais que possam ferir princípios fundamentais (BRASIL, 2024).

De acordo com que explica Mendes (2008), após o julgamento da ação, as autoridades responsáveis pelos atos questionados devem ser notificadas, sendo determinadas, caso haja necessidade, as condições para interpretação e aplicação do preceito fundamental. Em seguida, o Presidente do Tribunal deve ordenar o imediato cumprimento da decisão, a qual deve ser publicada no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União em até dez dias após o trânsito em julgado, conforme o artigo 10, §§ 1º e 2º da Lei 9882/99. Importante frisar que a Lei nº 9.882/1999, em seu artigo 12, estabelece que as decisões em ADPF são irrecuráveis e não podem ser rescindidas.

Por fim, para encerrar a breve síntese acerca da ação de arguição, Mendes (2008) assevera que, ao ser exarada decisão em que se declare a

¹¹ DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE DISPOSITIVOS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988. CABIMENTO. (...) 2. ADPF cujo objeto são atos normativos anteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988. Atendimento do princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999). Cabimento. (...) 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconhecer o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e permitir-lhe o seguimento” (ADPF n. 322 AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator p/ Acórdão o Ministro Roberto Barroso, DJe 10.11.20). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1107 – Estratégias de desqualificação de vítimas em processos criminais envolvendo violência contra a mulher. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 23 maio 2024. Tribunal Pleno. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6817678>. Acesso em: 16 janeiro 2025.

inconstitucionalidade de uma lei, de sua aplicação ou de sua interpretação, o reconhecimento de procedência da ADPF resulta na declaração de ilegitimidade do ato, reafirmando a constitucionalidade discutida. No mais, o artigo 11 da Lei n.º 9.882/1999 prevê que, por maioria de 2/3 (dois terços), o Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei com eficácia ex nunc ou a partir de um momento fixado por ele.¹²

Ademais, quanto ao efeito das decisões, vale mencionar que a eficácia será erga omnes com vinculação para os demais órgãos do Poder Público, nos moldes do artigo 10, § 3º referida lei, refletindo a natureza objetiva do processo, que visa à tutela ampla do interesse público (Mendes, 2008).

3 CONTEXTUALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DA ADPF N.º 1.107

Consoante ao que já foi aludido no primeiro capítulo deste trabalho, nos crimes de estupro, mesmo atualmente, a vitimização secundária é comum e ocorre quando o crime é relativizado com base no histórico ou estilo de vida da mulher. Esse processo desvaloriza a vítima, atribuindo-lhe parte da culpa pelo ocorrido, o que reflete um pensamento retrógrado que, até o século XX, justificava a violência contra mulheres consideradas “impuras” (BRASI, 2024).

Segundo reportagem do Senado Federal (2014)¹³, em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ocorrida em 2014, 26% dos entrevistados responderam que “mulheres que usam roupas curtas ou decotadas merecem ser estupradas”. Esse percentual demonstra como ainda hoje há o enraizamento e a incidência de uma cultura de culpabilização da vítima e a naturalização da violência de gênero na sociedade brasileira. O nos faz refletir sobre o machismo estrutural e a necessária implantação de políticas públicas para combater esse tipo de atitude.

¹² MENDES, GILMAR. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Direito Público, v. 5, n. 20, 2008.

¹³ BRASIL. *Senado Federal*. CAS e CDH vão debater pesquisa do IPEA sobre estupro. Maria Lucia Sigmaringa, 09 abr. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2014/04/09/cas-e-cdh-va-debaterpesquisa-do-ipea-sobre-estupro>. Acesso em: 21 fev. 2025.

Antes de analisar a decisão da ADPF nº 1107 (2024), faz-se necessário revelar os eventos que motivaram o debate sobre a vitimização secundária de mulheres no âmbito judicial. Para tanto, é essencial retroceder aos anos de 2019/2020/2021, época em que ocorreu um caso criminal muito emblemático, que repercutiu em todo cenário brasileiro: o da blogueira Mariana Ferrer.

Esse crime ficou conhecido devido à ampla divulgação, pelo site *The Intercept*, das imagens da audiência de instrução e julgamento, nas quais restaram evidenciadas a grave violência psicológica sofrida pela vítima e a desvalorização da mulher no processo criminal, uma vez que o juiz e o promotor permaneceram inertes, enquanto o advogado de defesa do réu atacava repetidamente a honra da vítima, buscando desqualificá-la, por meio da apresentação de fatos e provas irrelevantes ao caso. Essa situação, impulsionou a publicação da Lei 14.245/2021, oriunda do Projeto de Lei n.º 5096/2020 (BRASIL, 2024).

Nesse íterim, mesmo após os avanços legislativos supramencionados, a Procuradora-Geral da República, na tentativa de coibir e de neutralizar os estereótipos de gênero presentes no âmbito do sistema de justiça, mesmo que de forma velada, apresentou a Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n.º 1.107 (2024), com pedido de medida cautelar, apresentada pela Procuradora-Geral da República, contestando a conduta do Estado/Poder Público no enfrentamento à violência contra a mulher e a desigualdade de gênero.

A ação em questão, enfatiza e visa proibir a prática de admitir e legitimar, em investigações e julgamentos de crimes contra a dignidade sexual, questionamentos relacionados à vida sexual passada e ao modo de viver da vítima mulher, de modo que, conforme citado no primeiro capítulo, essa conduta contraria os princípios constitucionais da dignidade humana, liberdade sexual, igualdade de gênero, devido processo legal e os objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal (BRASIL, 2024).

Segundo a autora da arguição objeto deste estudo, a proposta foi apresentada para que o STF se manifestasse acerca de uma omissão

inconstitucional, que é quando o poder público falha em proteger adequadamente as mulheres contra a violência, admitindo que vítimas de estupro sejam questionadas sobre sua vida sexual antecedente durante julgamentos, de modo que o aparato jurisdicional admite como válido ou reproduz, mesmo veladamente, o discurso de culpabilização da vítima de crime de estupro (BRASIL, 2024).

No corpo do acórdão, os agentes públicos ao prestarem informações acerca do tema, fizeram as seguintes ponderações: O Presidente do Senado Federal, abordou a ausência de omissão inconstitucional, pelo fato de o legislativo já ter aprovado as Leis n.º 14.245/2021 e n.º 14.321/2022, cujo escopo é a repressão e prevenção da revitimização. O Presidente da Câmara dos Deputados entendeu que, na verdade, o pedido não é de anulação da norma do artigo 400 – A do Código Penal, e sim, em relação à interpretação do texto pelos órgãos responsáveis pela persecução penal. Já o Presidente da República e o Advogado-Geral da União se manifestaram pela procedência parcial da ação e, por fim, o Procurador-geral da República ratificou os pedidos realizados na petição inicial (BRASIL, 2024).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia na ADPF n.º 1107/2024, manifestou-se em seu voto pelo conhecimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em razão de estarem presentes os seus pressupostos processuais, para no mérito, julgá-la procedente, sendo por unanimidade seguida pelos outros Ministros do STF, vejamos na íntegra dispositivo da decisão:

i) conferir interpretação conforme a Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração” posta no art. 400-A do Código de Processo Penal, para excluir a possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento, nos termos dos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal;ii) fica vedado o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa invocar o modo de vida da

vítima ou a questionar quanto a vivência sexual pregressa com essa finalidade, considerando a impossibilidade do acusado se beneficiar da própria torpeza; iii) conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal, para assentar ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida e iv) assentar ser dever do magistrado julgador atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal (BRASIL,2024).

O primeiro ponto fixado na decisão, teve como escopo o de garantir que o artigo 400-A do Código de Processo Penal seja aplicado e interpretado de acordo com a constituição, para moldar o significado da expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração”, a fim de que essa esteja de acordo com os princípios fundamentais relacionados à proteção das mulheres vítimas de violência sexual (BRASIL, 2024).

Já no que diz respeito ao artigo 59 do CPP, estabeleceu-se que a interpretação da expressão “bem como ao comportamento da vítima”, deve estar em conformidade com a CF/88, para obstar que o magistrado considere a vida sexual antecedente da vítima ao fixar a pena em crimes sexuais (BRASIL, 2024).

A final, a tese da ADPF nº 1107 (2024) determina que magistrado responsável pelo julgamento de crimes sexuais, deve impedir práticas inconstitucionais que revitimizem as mulheres no decorrer da persecução processual. Nos moldes, por exemplo, do artigo 15-A da Lei 14.321/2022, o qual tipifica o crime de violência institucional, em caso de omissão do juiz em relação a tal obrigação, poderá ele ser denunciado e responsabilizado tanto na esfera penal quanto na esfera administrativa. Além disso, poderá o processo ser considerado nulo, conforme artigos 563 a 573 do Código de Processo Penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo demonstra a relevância da discussão acerca da violência de gênero, no âmbito do Poder judiciário, sobretudo em sede de controle

concentrado, já que nos dias de hoje as causas referendadas pelo STF possuem bastante visibilidade perante a sociedade brasileira, o que, de certo modo, amplia o debate sobre o tema. Nesse contexto, o conceito de revitimização acaba sendo difundido e conhecido pela população, o que representa um avanço significativo na conscientização e no combate à violência contra a mulher.

Como já discutido no deslinde da pesquisa, a sobrevivitimização representa um dos maiores desafios no combate à violência de gênero e à proteção dos direitos das mulheres vítimas no sistema de justiça. O tratamento inadequado dado a elas durante as investigações e os processos judiciais não apenas reforça traumas, mas mantém a impunidade, tornando urgente a adoção de medidas que garantam um ambiente processual mais humanizado e respeitoso.

Nesse cenário, a ADPF n.º 1107 manifesta-se como um instituto que visa resguardar e reforçar os direitos fundamentais das mulheres vítimas de crimes sexuais, estendendo-se a todos os crimes imputados em desfavor das vítimas do sexo feminino, pois nela, questiona-se as condutas lesivas que contribuem para exposição indevida da mulher ao longo da persecução penal. Assim sendo, é notável que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria tem o potencial de impactar e estabelecer diretrizes frente ao combate da revitimização, fortificando os princípios de dignidade, igualdade, da liberdade sexual e do devido processo legal.

No entanto, em que pesem os avanços legislativos, como as Leis 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer) e 14.321/2022, tenham sido implementadas para coibir essa prática, a realidade demonstra que ainda há um longo percurso pela frente, cuja efetividade dessas normas não depende somente de sua aplicação rigorosa, mas também de uma mudança cultural dentro das organizações judiciais por meio da capacitação e educação dos profissionais dessas instituições, gerando uma sensibilização e um fortalecimento da rede de apoio a essas vítimas.

Logo, nessa perspectiva, o debate sobre a violência de gênero, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, evidencia a priorização da proteção dos direitos das mulheres, no sistema de justiça e nas instituições correlatas, a fim de que se evite que vítimas de crimes sexuais sejam submetidas à sobrevivitização, por quem, na verdade, deveria as proteger. Por isso, a luta pela erradicação dessas práticas exige a atuação conjunta do Estado, da sociedade civil e do próprio Judiciário, garantindo uma investigação e um julgamento livre de violações legais e constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Valéria Raquel Alcantara et al. **Impactos psicossociais da revitimização da mulher em situação de violência sexual**. LUMEN ET VIRTUS. Disponível em: <https://periodicos.newsciencepubl.com/LEV/article/view/106>, v. 15, n. 38, p. 1422-1433, 2024. Acesso em: 14 jan.2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 16 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 23 nov. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm. Acesso em: 21 fev. 2025. Acesso em: 21 de fevereiro de 2025.

BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei nº 1888, de 2021. Acrescenta o art. 201-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, para dispor sobre regras de processo e julgamento nos crimes que envolvam violência sexual. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148512> . Acesso em: 14 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 1.107 - Estratégias de desqualificação de vítimas em processos criminais envolvendo violência contra a mulher. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 23 maio 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF1107desqualificac807a771odavi769tima_AOLC.pdf . Acesso em: 16 jan. 2025.

CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista de Estudos e Debates-CEDES**, v. 2, n. 2, p. 55-68, 2017.

DA COSTA, Marli Marlene Moraes; DIOTTO, Nariel. Lawfare de gênero e a culpabilização das mulheres vítimas de violência sexual. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 10(2024), Nº 1. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2024/1/2024_01_0663_0688.pdf . Acesso em: 14 jan.2025.

DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações constitucionais. 6. ed. revista, ampliada e atualizada**. Salvador: JusPodivm, 2011. Cap. X: Arguição de descumprimento de preceito fundamental, por Dierley da Cunha Júnior, p. 588-649.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **São Paulo: FBSP, 2024**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2024/07/anuario-2024.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2025.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTA, Taís Nader. Violência contra a mulher: Uma violação aos direitos humanos. **Diretoria OAB/SP**. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/>

portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Cient-Virtual-OAB-SP_n.33.pdf . p.10. Acesso em: 16 jan. 2025

MEIRA, Maria Paula. Canal da Corregedoria Nacional fortalece combate à violência contra mulheres no Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 1 dez. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/canal-da-corregedoria-nacional-fortalece-combate-a-violencia-contra-mulheres-no-judiciario/>. Acesso em: 30 jan. 2025.

MEIRELES, Pedro Rafael de Moura; GOMES, Frederico Augusto Auad de. **O passo a passo do Processo Disciplinar OAB. Defesa Ética**, 24 abr. 2023. Disponível em: <https://www.defesaetica.com.br/o-passo-a-passo-do-processo-disciplinar-oab/>. Acesso em: 30 jan. 2025.

MENDES, GILMAR. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Direito Público, v. 5, n. 20, 2008.

BRASIL. **Senado Federal**. CAS e CDH vão debater pesquisa do IPEA sobre estupro. Maria Lucia Sigmaringa, 09 abr. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2014/04/09/cas-e-cdh-va-debaterpesquisa-do-ipea-sobre-estupro>. Acesso em: 21 fev. 2025.

SILVA, José Edson Ursaia da. O preceito fundamental como instrumento de concretização dos direitos fundamentais: por uma perspectiva legitimante do Estado Democrático de Direito. 2006. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – **Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas**, Maceió, 2006. Disponível em: Repositório da UFAL. Acesso em: 27 jan. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Cadernos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos – direitos das mulheres. Brasília, DF: STF, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/cadernos-stf-direitos-das-mulheres.pdf> . Acesso em: 28 jan.2025.

A Lei de Igualdade Salarial no Processo ConGitual: um EGudo da Judicialização da Norma em Controle Concentrado e Difuso

Marcia Araujo Gois Albuquerque¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei de Igualdade Salarial no ordenamento jurídico e o controle concentrado de constitucionalidade - ADI nº. 7612. 3. Outros aspectos da Lei nº. 14.611/2023 no processo constitucional: competência, mandado de segurança e controle difuso de constitucionalidade. 4. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre igualdade de direitos do homem e da mulher é de longa data e restou contemplada, por exemplo, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2025), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948². A seu turno, a desigualdade de remuneração entre pessoas de diferentes sexos foi objeto de vedação específica na Convenção nº 100 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1951)³, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 24, de 1956⁴.

¹ Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Federal do Ceará – UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0998577174607206>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-2531-2820>. E-mail: marcia_araujo_gois@hotmail.com.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 26 jan. 2025.

³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 100. Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor**. Genebra, 1951. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm. Acesso em: 26 jan. 2025.

⁴ BRASIL. Decreto Legislativo nº 24, de 1956. Aprova as Convenções do Trabalho de números 11, 12, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 96, 99, 100 e 101, concluídas em sessões da **Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-24-29-maio-1956-350643-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 26 jan. 2025.

Apesar da antiga referência prevista nas normas internacionais aduzidas, a desigualdade salarial entre diferentes gêneros continua a ser problemática de preocupação global (NUB, 2025), motivo pelo qual resta contemplada em distintas metas dos eixos de ação da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)⁵. Três dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos envolvem diretamente a matéria, quais sejam o de nº. 5 (igualdade de gênero), o de nº. 8 (trabalho decente e crescimento econômico) e o de nº 10 (redução das desigualdades).

Dentre as metas que agregam o Objetivo nº. 5 da Agenda, relacionam-se à temática da igualdade salarial entre homens e mulheres a erradicação da discriminação contra a mulher (5.1), a igualdade de oportunidades para liderança (5.5) e o fortalecimento de políticas e da legislação para a promoção da igualdade de gênero (5.c). A meta 8.5 do ODS nº. 8 é mais específica quanto ao assunto em estudo, ao prever o alcance de igual remuneração para trabalho de mesmo valor desempenhado por mulheres e homens, ainda que sejam jovens ou pessoas com deficiência. No Objetivo nº. 10, vislumbram-se mais metas que convergem para o mesmo fim, como a 10.3, que visa a igualdade de oportunidades e a redução de desigualdade de resultados, por meio da eliminação da discriminação; e a 10.4, com previsão de políticas salarial e de proteção social para o progressivo alcance de igualdade (NUB, 2025)⁶.

Apesar da vigência de normas nos ordenamentos internacional e brasileiro contra a desigualdade salarial entre mulheres e homens, os dados reunidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2025) apontam a ausência de solução para o problema, uma vez que, em pesquisa realizada no ano de 2019, concluiu-se que o rendimento habitual médio das mulheres correspondeu à razão de 77,7% (setenta e sete vírgula sete

⁵ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Brasília, 15 set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 26 jan. 2025.

⁶ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. Igualdade de gênero*. Brasília, 15 set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 27 jan. 2025.

por cento) do recebido pelos homens, em contraposição aos índices de escolaridade averiguados, os quais revelaram maior número de mulheres com ensino superior completo nas faixas etárias acima de 25 anos, assim como apontaram maior frequência escolar líquida para o referido gênero⁷.

No ano de 2022, o rendimento médio feminino no Brasil equivaliu ao percentual de 78,9% (setenta e oito vírgula nove por cento) do masculino. Dez anos antes, em 2012, essa disparidade era de 75,4% (setenta e cinco vírgula quatro por cento), do que se conclui pela configuração de desigualdade estrutural, diante das reduzidas variações das desigualdades ao longo dos anos. Quanto maior o nível intelectual das profissionais envolvidas, mais significativa é a diferença de rendimentos, ressaltando-se que, em 2022, mulheres cientistas e que desempenharam trabalho intelectual receberam o equivalente a 63,5% (sessenta e três vírgula cinco por cento) da média dos homens do mesmo grupo (EBC, 2024)⁸.

Ao tratar da posição da mulher no mercado de trabalho, Abramo⁹ defende o reconhecimento da igualdade como eixo estruturante e aduz à necessidade de transversalização, nas políticas públicas, da temática de gênero. Segundo a autora, a implementação de programas e estratégias de compensação das dificuldades adicionais decorrentes da condição de gênero é elementar para o acesso das trabalhadoras a políticas de emprego equivalentes à sua participação economicamente ativa (Abramo, 2007, p. 301).

No referido contexto, em 3 de julho de 2023, foi sancionada a Lei nº. 14.611, destinada a tratar de igualdade salarial e de critérios remuneratórios

⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil. **IBGE**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html>. Acesso em: 27 jan. 2025.

⁸ EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Mulheres. **Pesquisa do IBGE mostra panorama econômico, educacional, trabalhista e da saúde das mulheres**, 08 mar. 2024. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202403/mulheres-pretas-ou-pardas-gastam-mais-tempo-em-tarefas-domesticas-participam-menos-do-mercado-de-trabalho-e-sao-mais-afetadas-pela-pobreza>. Acesso em: 27 jan. 2025.

⁹ ABRAMO, Lais Wendel. A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária? Tese (Doutorado em Sociologia) - **Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2007, p. 301 -302. DOI:10.11606/T.8.2007.tde-23102007-141151. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/publico/TESE_LAIS_WENDEL_ABRAMO.pdf. Acesso em: 27 jan. 2025.

entre mulheres e homens em realização de trabalho de igual valor ou exercício da mesma função¹⁰. A norma insurgiu como um marco legislativo no combate à desigualdade nos salários e critérios remuneratórios entre mulheres e homens, ao estabelecer medidas específicas para a solução do problema antes de sua judicialização, ao tempo em que também instituiu a previsão de multa e indenização por danos morais nas hipóteses de quebra de igualdade decorrentes de discriminação, aplicáveis pela via judicial, observadas as devidas especificidades do caso concreto.

Referida Lei, em seu artigo 4º, propõe-se a garantir o tratamento igualitário na remuneração das trabalhadoras e dos trabalhadores, por meio da adoção de uma série de medidas, como o estabelecimento de mecanismos de transparência salarial e de critérios remuneratórios, o incremento da fiscalização contra a discriminação salarial, a disponibilização de canais específicos para denúncias, a implementação de programas de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho, com aferição de resultados, e o fomento à capacitação e à formação de mulheres para o ingresso, a permanência e a ascensão no mercado de trabalho.

Forte¹¹, em estudo sobre “Estado, pobreza e desigualdade de gênero”, faz alusão à necessidade de compreensão das diferenças ínsitas ao gênero pelos responsáveis pela formulação de políticas para a redução de pobreza, ressaltando a necessidade de capacitação das mulheres para o enfrentamento de assimetrias (Forte, 2022, p. 295). Em que pese o registro de maior desigualdade salarial em meio a trabalhadores ocupantes de cargos científicos e intelectuais, não se descarta a importância da qualificação para a ascensão a posições de liderança e a progressão de carreira, de modo que as políticas previstas na Lei nº. 14.611 são consideradas importantes para assegurar às

¹⁰ BRASIL. Lei nº 14.611, de 3 de julho de 2023. Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

¹¹ FORTE, Elaina Cavalcante. **Estado, pobreza e desigualdade de gênero: uma análise do lugar da mulher nas políticas públicas de transferência de renda**. 2022. 319 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022, p. 295-296. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/67812>. Acesso em: 19 jan. 2025.

mulheres melhores oportunidades e reduzir eventuais motivos para a prática de discriminação salarial.

Por seu turno, o artigo 3º da Lei nº. 14.611/2023 alterou a redação do artigo 461 da CLT, ao acrescentar-lhe o § 6º, com a previsão expressa do direito do empregado ao recebimento indenização por danos morais decorrentes da discriminação por motivo de sexo, raça, etnia, origem ou idade, mediante a consideração das especificidades do caso concreto.

Além disso, foi adicionado ao mesmo dispositivo celetário o § 7º, que institui o pagamento de multa correspondente a dez vezes o valor do novo salário devido pelo empregador ao empregado discriminado, elevada ao dobro, em hipótese de reincidência, sem prejuízo das demais cominações legais.

Ao estudar fatores determinantes à ocorrência do hiato salarial entre homens e mulheres, Rodrigues¹² aduz à discriminação por gênero, decorrente de preferências possivelmente vinculadas a valores culturais. Segundo a autora, a vedação legal ao tratamento discriminatório não seria suficiente à imediata reconstrução de valores no mercado de trabalho, sendo isso uma razão para a persistência da desigualdade salarial no Brasil (Rodrigues, 2023, p. 8).

Referida formulação reforça a importância da previsão do artigo 5º da Lei nº. 14.611, que determina a obrigação de elaboração de relatórios de transparência com dados anonimizados a possibilitarem a análise comparativa objetiva entre salários, remunerações e a proporção de cargos de liderança, a partir da perspectiva do gênero, e a formulação de estatísticas sobre outras possíveis desigualdades advindas de parâmetros outros, como raça, etnia, nacionalidade e idade. A norma, além de possibilitar a conscientização social e o maior conhecimento dos ambientes de trabalho, pela mera previsão de formulação e publicação dos relatórios (*caput* e § 1º), contempla ainda a previsão de implementação de plano de ação para redução de eventual desigualdade (§ 2º), com objetivos e prazos.

¹² RODRIGUES, Fabiana Alves. Barreiras à efetivação da igualdade salarial de gênero no Brasil. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, 2023, p. 8. DOI: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2023v31n182532>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/82532/53500>. Acesso em: 27 jan. 2025.

A análise global da Lei de Igualdade Salarial permite a conclusão de que o Legislador pretendeu diversificar as formas de combate à discriminação, mediante a instituição de diferentes medidas aplicáveis nos âmbitos administrativo e judicial. Previsões como a de incremento de fiscalização e a de elaboração dos relatórios de transparência possibilitam, enfim, a compreensão de contextos laborais de distintas pessoas jurídicas, os quais, analisados em conjunto, permitem a formulação de novas políticas públicas e a verificação da eficiência das atualmente aplicadas.

2 A LEI DE IGUALDADE SALARIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - ADI Nº. 7612

Ao tratar dos direitos fundamentais de segunda geração, associados ao princípio da igualdade, Paulo Bonavides¹³ aduz ao percurso histórico de seu reconhecimento, uma vez que esses, inicialmente restritos à esfera programática, atravessaram crise de observância e execução, seguida do reconhecimento de sua aplicabilidade imediata em diversas constituições (Bonavides, 2015, p. 578).

No Brasil, as Constituições de 1934¹⁴ e 1946¹⁵ expressamente vedaram a diferenciação do salário de trabalhadores em razão do gênero. A Constituição Federal de 1988 (CF/88)¹⁶, por sua vez, não foi omissa sobre o assunto, ao proibir a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo e outros fatores, no inciso XXX de seu artigo 7º.

Neste ensejo, esclarece-se que o texto constitucional não atribui caráter meramente programático aos direitos de igualdade, observando-se

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 578-579.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília; **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

evolução legislativa no sentido da promoção e da aplicação de tais direitos, que já não podem ter sua eficácia recusada e se tornam progressivamente mais justiciáveis (Bonavides, 2015, p. 579)¹⁷.

Contudo, ao arrepio da seriedade do problema da desigualdade salarial decorrente do gênero dos trabalhadores, por longo período, somente restaram previstas na legislação infraconstitucional esparsas normas sobre a matéria, como os artigos 461 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁸ e 1º da Lei nº. 9.029/95¹⁹.

Virgílio Afonso da Silva²⁰, ao discorrer sobre cláusulas gerais, critica o modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (Da Silva, 2011, p. 85). Evidentemente, a implantação de regras com previsão expressa de mecanismos para promoção e sanções aplicáveis em casos de violação tende a potencializar a proteção de direitos fundamentais, como o de igualdade.

Ao pesquisar sobre a igualdade de gênero em estudo comparativo da renda familiar de mulheres com a de homens, Cohen²¹ salienta que atitudes culturais se manifestam tanto nas relações familiares como nas de trabalho, apontando o local de trabalho como o ambiente mais propício para a realização de intervenções políticas (Cohen, 2025).

Neste ponto, a Lei nº. 14.611 sobressai-se como marco normativo no combate à desigualdade salarial decorrente do sexo, por prever uma série de ajustes, no meio ambiente laboral, para a promoção de equidade no

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 579.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm#:~:text=L9029&text=LEI%20N%C2%BA%209.029%2C%20DE%2013, trabalho%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 26 jan. 2025.

²⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

²¹ COHEN, Philip. **Gender equality: family egalitarianism follows workplace opportunity. Council on Contemporary Families, 2014**. Disponível em: <https://thesocietypages.org/ccf/2014/07/12/family-egalitarianism/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

sistema remuneratório, a partir da imposição de uma série de obrigações, a serem cumpridas pelos empregadores. Contra suas disposições, contudo, foi ajuizada, em 12 de março de 2023, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 7612²², perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), juntamente com a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC).

Na ADI, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, questiona-se o artigo 5º, § 2º, da Lei de Igualdade Salarial, que versa sobre a implementação de plano de ação para mitigar a desigualdade, porque seria exigida sua implementação “independentemente do descumprimento do disposto no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho”, e tal exigência, segundo os promoventes, violaria “desequiparações salariais legítimas” e colidiria com os artigos 5º, *caput* e inciso I, e 7º, XXX, da Constituição Federal.

Willis Santiago Guerra Filho, ao tratar da interpretação especificamente constitucional, faz referência à *verfassungskonforme Auslegung*, expressão alemã que significa “interpretação conforme a Constituição” (Guerra Filho, 2001, p. 57). A hermenêutica em referência vai além da aplicação do texto constitucional por seus próprios mandamentos, ao passo que se estende à consideração de suas opções valorativas básicas²³.

Nesta linha, os dispositivos constitucionais alegados pelos promoventes da ADI como justificadores do afastamento da norma que prevê um plano para mitigação de desigualdade são disposições constitucionais sobre igualdade de gênero, valor claro no texto constitucional, que resta reproduzido na *mens legis* (do latim, mente da lei ou espírito da lei) da Lei nº. 14.611. Partindo-se da hermenêutica da interpretação conforme a Constituição, a previsão de implementação de metas para promoção de igualdade de gênero em plano de ação, da forma proposta pela lei ordinária, pode ser entendida como forma

²² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 7612. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Promoventes: Confederação Nacional da Indústria (CNI) e Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo (CNC). Brasília, DF, 12 mar. 2024. Petição inicial. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6872866>. Acesso em: 30 jan. 2025.

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 57-58.

de promoção das garantias previstas nos artigos 5º, *caput* e inciso I, e 7º, XXX, da Constituição Federal. Há que se observar que a regra impugnada não prevê pagamento igual para pessoas com diferentes tempos de serviço, mas a implementação de plano para reduzir desigualdades.

Questiona-se, ainda, na petição inicial da ADI nº. 7612, a constitucionalidade da redação do § 6º do artigo 461 da CLT, atribuída pelo artigo 3º da Lei nº. 14.611, por teórica violação ao contraditório, à ampla defesa e à segurança jurídica, resguardados no artigo 5º, incisos XXXVI, LIV e LV, da CF/88. A redação do dispositivo acrescentado à Consolidação, nesse caso, prevê o direito de ação de indenização por danos morais em caso de discriminação de empregado, por motivo de sexo, raça, etnia, origem ou idade, consideradas as especificidades do caso concreto.

Segundo as Confederações promoventes, a nova redação conferida ao artigo 461, § 6º, ao substituir a expressão anterior “no caso de comprovada discriminação” por “na hipótese de discriminação”, haveria ocasionado incerteza quanto à necessidade de comprovação do ato discriminatório para a fixação de indenização, motivo pelo qual pleiteiam pelo afastamento de eventual interpretação de que possa advir o entendimento pela configuração de discriminação pela configuração de diferença salarial objetiva.

Quanto ao assunto, Baracho menciona Maximiliano²⁴, segundo quem “as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias” (Maximiliano, 1984, p. 357). A disposição questionada em relação ao § 6º do artigo 461 da CLT aflui para a discussão de detalhe textual, em aparente pretensão de engessamento da aplicação da norma posta.

Também o artigo 5º da Lei nº. 14.611 resta questionado, na ADI em análise, juntamente com o Decreto 11.795/2023²⁵ e a Portaria MTE

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951, p. 13 *apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 357-358.

²⁵ BRASIL. Decreto nº 11.795, de 23 de novembro de 2023. Regulamenta a Lei nº 14.611, de 3 de julho de 2023, que dispõe sobre igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11795.htm. Acesso em: 30 jan. 2025.

3.714/2023, sob o argumento de violação aos artigos 1º, IV; 5º, X, LIV, LV e LXXIX, e 170, IV, da CF/88. As normas em alusão, todas relacionadas aos relatórios de transparência salarial, violariam, segundo os promoventes, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal pela imposição imediata de penalidade, e a intimidade, a proteção de dados, a livre iniciativa, a livre concorrência e a proporcionalidade.

Na petição inicial, as Confederações argumentam que não se poderia exigir das pessoas jurídicas cujos relatórios não demonstrem diferenças remuneratórias matematicamente significativas o ajustamento de conduta sem a prévia oportunização do direito de defesa. Assim, a obrigação de implementação de plano de ação para mitigação da desigualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens, prevista no § 2º do artigo 5º da Lei nº. 14.611 e regulamentada pelos artigos 3º do Decreto 11.795/2023 e 8º e 9º da Portaria MTE nº. 3.714/2023, seria uma penalidade ou um constrangimento público inconstitucional, pela ausência de previsão de procedimento administrativo com contraditório e ampla defesa.

A partir dos referidos argumentos, as promoventes da ADI demandam pelo afastamento das obrigações de elaboração e publicação do plano de mitigação de desigualdades antes da apresentação de defesa. Além disso, requerem a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 11.795/2023 – principalmente, dos arts. 2º e 3º - e da Portaria MTE 3.714/2023 - em especial, dos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º.

Neste ensejo, a partir da pluralidade de pedidos apresentados, conclui-se que eventual reconhecimento de procedência dos requerimentos, na forma proposta na ADI, implicaria esvaziamento da Lei de Igualdade Salarial, pois somente não foram questionadas no processo as disposições que não preveem consequências jurídicas mais representativas, ou seja, as normas de teor aberto, como o artigo 4º, que prevê medidas para garantia de igualdade salarial e de critérios remuneratórios, mas deixa de instituir sanção para os casos de não cumprimento das determinações.

Arnaldo Vasconcelos aduz à sanção, na estrutura da norma jurídica, como “propriedade especial das normas imperativas (*jus cogens*), não

contemplando as chamadas *leges imperfectae (jus dispositivum)*, no conceito compreendidas as leis declarativas, permissivas, interpretativas e supletivas” (Vasconcelos, 2016, p. 186)²⁶. Na cronologia do fenômeno jurídico, ato contínuo, o jurista aduz à sanção “como resultado da não prestação e como pressuposto da coação” (Vasconcelos, 2016, p. 184)²⁷.

Marques de Lima e Hissa Filho²⁸ ressaltam o parcial comprometimento da eficácia das medidas previstas na Lei nº. 14.611, em razão da inexistência de previsão de sanções para o descumprimento de relevante parcela das obrigações instituídas (Lima e Hissa Filho, 2023, p. 88).

Apesar das poucas previsões de sanções estabelecidas na Lei de Igualdade Salarial, observa-se o levantamento de discussões sobre a maioria de seus preceitos, no âmbito da ADI nº. 7612, de maneira que, além de o próprio texto da Lei, por si, deixar de assegurar efetividade prática a diversas previsões, também o questionamento judicial da norma pode transformá-la em letra morta, a depender do entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ação constitucional.

Para Oswaldo Luiz Palu²⁹, para que a Constituição tenha efetividade, deve considerar vetores sociais, econômicos e culturais. Segundo o autor, a inconstitucionalidade ocorre diante da relação de contrariedade entre emenda constitucional, lei ou ato infralegal em relação à Constituição e, uma vez declarada, implica nulidade do ato (Palu, 1999, p. 248). Caso declarada a inconstitucionalidade dos diversos dispositivos impugnados na ADI ajuizada por representantes dos empregadores, medidas que tenderiam a reduzir a desigualdade salarial decorrente do gênero deixarão de ser implementadas, apesar da previsão do artigo 7º, XXX, da CF/88, cuja efetividade tem se revelado reduzida.

²⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 7. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 186.

²⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 7. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 184-185.

²⁸ LIMA, F. G. M. de, & HISSA FILHO, H. B. A igualdade salarial sob a perspectiva da Lei nº 14.611/2023. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, 89(4), 87–100, 2023, p. 88-89. DOI: <https://doi.org/10.70405/rtst.v89i4.23>. Disponível em: <https://revista.tst.jus.br/rtst/issue/view/2/2>. Acesso em: 30 jan. 2025.

²⁹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 248-249.

3 OUTROS ASPECTOS DA LEI N.º. 14.611/2023 NO PROCESSO CONSTITUCIONAL: COMPETÊNCIA, MANDADO DE SEGURANÇA E CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Quando se analisam argumentos no contexto da judicialização de demandas relacionadas à Lei n.º. 14.611, observa-se que, não apenas na seara do controle concentrado, são recorrentes as alegações de que a aplicação da norma para a promoção da igualdade salarial entre trabalhadores de diferentes gêneros ocasiona conflito com direitos fundamentais outros, como a intimidade, a proteção de dados, a livre iniciativa e concorrência e a proporcionalidade. Tais afirmações são recorrentemente aduzidas em oposição às obrigações de elaboração e publicação dos relatórios de transparência e de formulação de plano de ação para mitigação de desigualdades também na via do controle difuso.

Guerra Filho³⁰ preocupa-se com o comprometimento da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais por entendimentos que eventualmente favoreçam “procedimentos interpretativos de bloqueio” de direitos fundamentais e salienta a prejudicialidade da compreensão de tais direitos como normas de caráter programático (Guerra Filho, 2001, p. 51). Nessa posição, direitos sociais, prestacionais ou de igualdade restariam vulneráveis perante os de liberdade, por dependerem de prestação estatal para terem efetividade.

Em análise de ação civil pública ajuizada pela Federação das Indústrias do Estado do Paraná contra a União Federal, com pedido de afastamento das obrigações previstas na Lei de Igualdade Salarial, a 2a Vara Federal de Curitiba indeferiu o pedido liminar veiculado. Por agravo de instrumento, a Federação se opôs à decisão, reiterando o pleito de suspensão das obrigações de publicação dos relatórios de transparência e de elaboração dos planos de ação previstos na Lei 14.611, no Decreto n.º. 11.795 e na Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego n.º. 3.714. Entretanto, em abril de 2024, o Tribunal

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 51.

Regional Federal (TRF) da 4ª Região manteve o indeferimento da tutela de urgência, por considerar ausentes os pressupostos legais para sua concessão³¹.

No julgado, o TRF realizou alusão ao cabimento da ação civil pública, na via difusa, para fiscalização incidental de constitucionalidade, sem usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), em casos nos quais a controvérsia constitucional não seja o único objeto do processo, mas questão prejudicial cuja apreciação é necessária à solução da demanda, conforme entendimento da Reclamação nº. 1.733 de São Paulo, referenciado no Informativo nº 212 do STF³², reiterado em decisões posteriores³³.

O julgado está em consonância com a doutrina de Palu, segundo quem “o objeto da ação civil pública e das ações coletivas é a defesa de um direito tutelado pela Constituição ou leis infraconstitucionais, tendo por causa de pedir a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo” (Palu, 1999, p. 220)³⁴. Em sendo prejudicial a questão da constitucionalidade, apreciada incidentalmente na via difusa, seu pedido se distingue do veiculado em controle concentrado.

Em análise do mérito, o Regional negou a liminar, por considerar ausente a alegada violação à Lei Geral de Proteção de Dados, tanto pela própria previsão de observância da norma consignada no artigo 5º da Lei 14.611, quanto pela determinação de anonimização dos dados e informações divulgados constante no Decreto nº. 11.795. Na oportunidade, o Tribunal

³¹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Agravo de Instrumento nº. 5009578-10.2024.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Órgão julgador: Décima Segunda Turma. Data de Julgamento: 09/04/2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/2626658577/inteiro-teor-2626658583>. Acesso em: 31 jan. 2025.

³² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo nº. 212, de 27 de novembro a 1º de dezembro de 2000. Ação Civil Pública e Controle Difuso – Reclamação nº. 1.733 - São Paulo. Relator: Ministro José Celso de Mello Filho. Data de Julgamento: 24/11/2000. Data de Publicação: 24/11/2000. Brasília. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo212.htm#A%C3%A7%C3%A3o%20Civ%20P%C3%ABlica%20e%20Controle%20Difuso%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo212.htm#A%C3%A7%C3%A3o%20Civ%20P%C3%ABlica%20e%20Controle%20Difuso%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)). Acesso em: 02 fev. 2025.

³³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº. 595.213 - Paraná. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 01/12/2017. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de Publicação: 18/12/2017. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14216789>. Acesso em: 02 fev. 2025.

³⁴ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 220-221.

chegou a analisar um modelo de relatório de transparência salarial e critérios remuneratórios, após o que concluiu pela preservação do sigilo de informações específicas e pela ausência de ofensa às disposições da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018³⁵.

Quanto ao argumento de violação ao contraditório e à ampla defesa, restou afastado, sob o fundamento de que a Portaria do Ministério do Trabalho prevê a emissão de notificações a pessoas jurídicas em que a desigualdade salarial seja identificada nos relatórios de transparência, momento após o qual, em tese, poderá ser possibilitada a manifestação, questionamento ou impugnação de eventuais inconsistências de dados apresentados pelo empregador, por mais que não haja expressa referência na norma. A necessidade de melhoria na redação da Portaria, aspecto criticado no julgamento, contudo, não foi considerada como fator suficiente para o afastamento de sua aplicação, ressalvado o fato de que o controle concentrado das disposições questionadas será efetuado no âmbito da ADI nº 7612.

Na Justiça do Trabalho também têm tramitado processos com oposições à aplicação da Lei de Igualdade Salarial, a exemplo do Mandado de Segurança Preventivo nº 0000177-52.2024.5.12.0037³⁶, protocolado por um grupo industrial perante o Juízo da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis, para o afastamento das obrigações de envio e disponibilização dos relatórios de transparência. Além dos argumentos mencionados anteriormente, alegou-se que a publicação de informações privadas poderia ocasionar o paralelismo ou a coordenação de atuação no mercado, em afronta à Lei de Defesa da Concorrência. A liminar, entretanto, foi indeferida sob a justificativa de anonimização dos dados constante na própria legislação questionada.

³⁵ BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 02 fev. 2025.

³⁶ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Mandado de Segurança nº 0000177-52.2024.5.12.0037. Órgão julgador: 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis. Juiz: Carlos Alberto Pereira de Castro. Data de julgamento: 28/02/2024. Data da publicação: 29/02/2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-12/2185387628/inteiro-teor-2185387630>. Acesso em: 02 fev. 2025.

No Mandado de Segurança nº 0000445-36.2024.5.12.0028³⁷, por sua vez, aduziu-se que o Decreto nº. 11.795/2023 e a Portaria MTE nº. 3.714/2023 haveriam extrapolado a função de regulamentação da Lei. No caso, a 3a Vara do Trabalho de Joinville entendeu pela inexistência da ilegalidade apontada nos dispositivos e aduziu ainda ao não cabimento de mandado de segurança contra lei em tese, por aplicação da Súmula 266 do STF.

Na pesquisa realizada, constatou-se, no Processo nº 5005157-37.2024.4.03.6100³⁸, tramitado na 7a Vara Cível Federal de São Paulo, decisão em sentido oposto, com referência à sensibilidade dos dados dos trabalhadores e à extrapolção do poder regulamentar pelo Decreto 11.795/2023. Neste caso, foi concedida tutela de urgência para a desoneração das obrigações de envio e publicação de relatórios de transparência, com impedimento às autoridades de penalização da parte beneficiada.

Apesar da previsão constitucional constante no artigo 114, I, da Constituição Federal, que reserva à Justiça do Trabalho competência para julgamento de processos oriundos da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na busca jurisprudencial realizada, notou-se ser recorrente o protocolo de demandas perante a Justiça Federal e o seu julgamento nessa mesma jurisdição. No Processo nº. 5005157-37.2024.4.03.6100, todavia, a incompetência da Justiça Federal foi posteriormente declarada a incompetência absoluta da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito e determinada a remessa dos autos para a Justiça do Trabalho.

Observa-se, assim, o posicionamento jurisprudencial sob perspectivas distintas, na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho, tanto do ponto de

³⁷ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região**. Mandado de Segurança nº 0000445-36.2024.5.12.0028. Órgão julgador: 3a Vara do Trabalho de Joinville. Juiz: Sergio Massaroni. Data de julgamento: 30/03/2024. Data da publicação: 02/04/2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-12/2287676456/inteiro-teor-2287676459>. Acesso em: 02 fev. 2025.

³⁸ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3a Região**. Procedimento Comum Cível nº 5005157-37.2024.4.03.6100. Órgão julgador: 7a Vara Cível Federal de São Paulo. Juíza: Paula Lange Canhos Vieira. Data de julgamento: 06/03/2024. Data da publicação: 08/03/2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/03/decisao-liminar-extrapolacao-decreto-e-portaria-regulamentadores-lei-igualdade-salarial-entre-homens-e-mulheres-obrigacoes-relatorio-plano-publicacao-deposito.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2025.

vista do direito material, quanto do processual, vislumbrando-se amplitude de teses para a fundamentação da aplicação ou do afastamento da Lei de Igualdade Salarial e das disposições que a regulamentam. Referido fato ocasiona dificuldade na neutralização de assimetrias de poder, decorrente das próprias reações sociais à aplicação das normas instituídas em 2023, cujo julgamento de demandas relacionadas, em tese, deve ocorrer em consideração das recomendações do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça³⁹ e voltado ao combate à violência contra a mulher e ao alcance das metas de igualdade de gênero previstas pelo ODS nº. 5 da Agenda 2030.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do remoto reconhecimento, em 1948, da igualdade de direitos entre mulheres e homens, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e da posterior aprovação da Convenção nº. 100, sobre igualdade de remuneração, pela Organização Internacional do Trabalho, ainda se faz necessária a implementação de medidas públicas para a extirpação da desigualdade salarial decorrente do exercício de trabalho por pessoas de diferente gênero, no plano global.

No Brasil, apesar da previsão constitucional contrária ao pagamento diferenciado de trabalhadores em razão do gênero, as estatísticas comprovam a ausência de resolução do problema e apontam para a configuração de desigualdade estrutural, ante a repetição das variações de rendimentos de trabalhadores e trabalhadoras no delongar dos anos.

Em reconhecimento da aplicabilidade imediata do princípio constitucional da igualdade e diante da controversa eficácia de normas anteriores, como a CLT e a Lei nº. 9.029/95, o Legislador brasileiro expandiu previsões de vedação à discriminação salarial decorrente do gênero, ao

³⁹ BRASIL. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico]. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam**, 2021, p. 51. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2025.

sancionar a Lei nº. 14.611/2023, que prevê medidas inovadoras para a promoção da igualdade no pagamento de mulheres e homens por trabalho de igual valor ou exercício de mesma função.

Neste ensejo, a análise da aplicação da Lei de Igualdade Salarial em decisões judiciais, a partir de diferentes perspectivas, ensejou a conclusão pela resistência no cumprimento de suas previsões por parte de empregadores, apoiados por órgãos que os representam. As impugnações constantes na ADI nº. 7612 e nos processos ajuizados contra o cumprimento de previsões da Lei referenciada revelam a não aceitação de regulamentações voltadas à promoção da igualdade salarial de gênero, sob a alegação de conflito de direitos fundamentais.

A análise dos requerimentos da ação constitucional acarreta a conclusão de que eventual reconhecimento de procedência, da forma demandada, poderia ocasionar o esvaziamento da Lei nº. 14.611 e dos dispositivos legais que a regulamentam – Decreto 11.795/2023 e Portaria MTE nº. 3.714/2023, questionados em sua integralidade, por teoricamente extrapolarem a função de regulamentação e invadirem a seara de normas primárias. Todavia, caso nenhuma regulamentação se aplique à Lei de Igualdade Salarial, tende a norma a se tornar letra morta, esvaziada do próprio sentido, ressalvando-se que, em seu teor, sequer foram estabelecidas sanções para muitos dos dispositivos, fato que se contrapõe ao questionamento de sua quase totalidade pelos representantes dos empregadores.

Nesse liame, por mais que o direito à igualdade salarial encontre-se previsto na ordem constitucional, é clara a resistência dos contratantes de mão de obra em relação à aplicação de medidas básicas para a sua efetivação; especialmente, diante do massivo questionamento de norma jurídica branda, em termos de estabelecimento de sanções, mas cujas previsões podem, ainda assim, contribuir para a transformação do contexto social de desigualdade estrutural entre mulheres e homens no ambiente de trabalho.

A publicização de dados decorrentes dos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios pode elevar a consciência social em relação

à dimensão das desigualdades, assim como contribuir para a formulação de políticas públicas voltadas para a resolução da problemática. Para isso, contudo, os relatórios precisam existir e ser eficientemente aplicados, o que abrange aceitação de empregadores e engajamento dos Poderes Executivo e Judiciário na fiscalização da execução e na manutenção da proposição do Legislativo.

Não se faria possível o esgotamento das teses judiciais aplicadas a respeito da Lei nº. 14.611 em trabalho acadêmico, tanto por serem diversas as discussões levantadas sobre sua aplicabilidade, constitucionalidade e regulamentação, quanto por ainda haver intenso debate social sobre a matéria. No entanto, o levantamento de decisões jurisprudenciais na via do controle difuso, por amostragem, reforça as conclusões apresentadas, no sentido da resistência por parcela considerável da sociedade, inclusive no próprio Poder Judiciário, quanto à implementação de medidas propostas, sob argumentos cuja validade se questiona, diante da primazia do princípio da igualdade.

A análise dos argumentos contrários à Lei de Igualdade Salarial propõe reflexões acerca dos valores que amparam as teses que a questionam, já que a classe empregadora, apesar de ciente da previsão constitucional de igualdade salarial, diante de uma norma para efetivação de tal direito, chega a argumentar que a proteção de dados sequer ameaçados deve prevalecer. Nesse conflito de princípios, caso privilegiadas a ordem social e as próprias razões de instituição de um Estado Democrático de Direito, voltadas para o bem comum, entende-se que a igualdade de remuneração, diante de trabalho de igual valor, e o repúdio à discriminação devem prevalecer, especialmente, porque resguardada a intimidade pela própria previsão do artigo 5º da Lei nº. 14.611, no sentido de respeito à Lei Geral de Proteção de Dados. A harmonização de princípios foi observada pelo próprio Legislador.

Do ponto de vista processual, observa-se ainda uma confusão de competências, diante de julgamentos de pedidos de mesma natureza tanto pela Justiça Federal, quanto pela Justiça do Trabalho, apesar da clara previsão do artigo 114, I, da Constituição Federal, no sentido da competência dessa

última para processamento e julgamento de litígios oriundos da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A análise de demandas em Justiças distintas acaba por beneficiar os empregadores, diante das maiores possibilidades de questionamento da lei, em contexto de insegurança jurídica.

Enfim, discussões sobre a aplicação da Lei nº. 14.611, do Decreto 11.795/2023 e da Portaria MTE nº. 3.714/2023, seja na via do controle concentrado (ADI nº. 7612), ou na esfera do controle difuso (mandado de segurança, ação civil pública e ação ordinária, dentre as analisadas), e os posicionamentos do Poder Judiciário a seu respeito implicam na efetivação do direito à igualdade salarial, a ser promovido para o cumprimento de pelo menos três dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 - nº. 5 (igualdade de gênero), o de nº. 8 (trabalho decente e crescimento econômico) e o de nº 10 (redução das desigualdades).

Por fim, a pretensão de extirpação de desigualdade ou discriminação de gênero no meio ambiente de trabalho, no contexto da remuneração dos trabalhadores, é assunto de preocupação mundial, sendo evidente a necessidade de evolução do pensamento social para a promoção da igualdade salarial, reduzindo-se o contexto de dominação e machismo, já que não se justificam pagamentos desiguais para trabalho de igual valor, tão somente por ser homem ou quem o executa.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Lais Wendel. **A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?** Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 301 -302. DOI:10.11606/T.8.2007.tde-23102007-141151. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/publico/TESE_LAIS_WENDEL_ABRAMO.pdf. Acesso em: 27 jan. 2025.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

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

BRASIL. Decreto Legislativo nº. 24, de 1956. Aprova as Convenções do Trabalho de números 11, 12, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 96, 99, 100 e 101, concluídas em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-24-29-maio-1956-350643-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 26 jan. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm#:~:text=L9029&text=LEI%20N%C2%BA%209.029%2C%20DE%2013, trabalho%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancia. Acesso em: 26 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 02 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº. 14.611, de 3 de julho de 2023. Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico]. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça – CNJ**; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Mandado de Segurança nº 0000177-52.2024.5.12.0037. Órgão julgador: 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis. Juiz: Carlos Alberto Pereira de Castro. Data de julgamento: 28/02/2024. Data da publicação: 29/02/2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-12/2185387628/inteiro-teor-2185387630>. Acesso em: 02 fev. 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região**. Mandado de Segurança nº 0000445-36.2024.5.12.0028. Órgão julgador: 3a Vara do Trabalho de Joinville. Juiz: Sergio Massaroni. Data de julgamento: 30/03/2024. Data da publicação: 02/04/2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-12/2287676456/inteiro-teor-2287676459>. Acesso em: 02 fev. 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4a Região**. Agravo de Instrumento nº. 5009578-10.2024.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Data de Julgamento: 09/04/2024. Órgão julgador: Décima Segunda Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/2626658577/inteiro-teor-2626658583>. Acesso em: 31 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 7612. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Promoventes: Confederação Nacional da Indústria (CNI) e Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo (CNC). Brasília, DF, 12 mar. 2024. Petição inicial. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6872866>. Acesso em: 30 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº. 595.213 - Paraná. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 01/12/2017. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de Publicação: 18/12/2017. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14216789>. Acesso em: 02 fev. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo nº. 212, de 27 de novembro a 1º de dezembro de 2000. Ação Civil Pública e Controle Difuso – Reclamação nº. 1.733-SP. Relator: Ministro José Celso de Mello Filho. Data de Julgamento: 24/11/2000. Data de Publicação: 24/11/2000. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo212>.

htm#A%C3%A7%C3%A3o%20Civil%20P%C3%BAblica%20e%20Controle%20Difuso%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es). Acesso em: 02 fev. 2025.

COHEN, Philip. **Gender equality: family egalitarianism follows workplace opportunity**. Council on Contemporary Families, 2014. Disponível em: <https://thesocietypages.org/ccf/2014/07/12/family-egalitarianism/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Mulheres. **Pesquisa do IBGE mostra panorama econômico, educacional, trabalhista e da saúde das mulheres**. Data de publicação: 08 mar. 2024. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202403/mulheres-pretas-ou-pardas-gastam-mais-tempo-em-tarefas-domesticas-participam-menos-do-mercado-de-trabalho-e-sao-mais-afetadas-pela-pobreza>. Acesso em: 27 jan. 2025.

FORTE, Elaina Cavalcante. Estado, pobreza e desigualdade de gênero: uma análise do lugar da mulher nas políticas públicas de transferência de renda. 2022. 319 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - **Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, 2022. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/67812>. Acesso em: 19 jan. 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html>. Acesso em 27 jan. 2025.

LIMA, F. G. M. de, & Hissa Filho, H. B.. A igualdade salarial sob a perspectiva da Lei nº 14.611/2023. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, 89(4),

2023, 87–100. DOI: <https://doi.org/10.70405/rtst.v89i4.23>. Disponível em: <https://revista.tst.jus.br/rtst/issue/view/2/2>. Acesso em: 30 jan. 2025.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Brasília, 15 set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 27 jan. 2025.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil**. Igualdade de gênero. Brasília, 15 set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 27 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 100. Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor**. Genebra, 1951. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm. Acesso em: 26 jan. 2025.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Fabiana Alves. Barreiras à efetivação da igualdade salarial de gênero no Brasil. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2023v31n182532>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/82532/53500>. Acesso em: 27 jan. 2025.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 7. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

Deficit de Representatividade das Pessoas com Deficiência: o Papel do Processo Constitucional na Criação de Ações Afirmativas

Paulo Roberto Magalhães Feitosa¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Normas Constitucionais sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2.1 Constituição de 1988 e os Direitos Políticos. 2.2 Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2006. 3. Deficit de Representatividade das PCD e Ações Afirmativas. 3.1 Dados Estatísticos. 3.2 Ações afirmativas para inclusão de PcD na política. 4. Processo Constitucional e Inclusão de Grupos Vulneráveis. 4.1 Omissão Inconstitucional. 4.2 Mandado de Injunção para Efetivação do Direito de Participação Política das PcD. 4.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para Efetivação do Direito de Participação Política das PcD. 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A representatividade política constitui elemento essencial para a consolidação de uma democracia inclusiva e plural, assegurando que os diferentes grupos sociais, sobretudo aqueles historicamente marginalizados, tenham voz e influência nas decisões políticas que impactam suas vidas. No Brasil, as pessoas com deficiência (PcD) representam 17,3 milhões de pessoas de 2 anos ou mais de idade, correspondendo a 8,4% da população nessa faixa etária, mas continuam excluídas dos processos decisórios, especialmente em cargos eletivos e nas esferas de poder (IBGE, 2019)². Essa exclusão perpetua desigualdades estruturais e impede que suas demandas sejam adequadamente representadas no âmbito político.

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0877908404323845> . Orcid: ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-7691-1464> . E-mail: pauloprnf@gmail.com

² IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saúde (PNS)**. 2019. Disponível em: <<https://www.pns.icict.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/12/liv101846.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

O deficit de representatividade das PcD reflete um problema multifacetado que carece de políticas públicas voltadas à inclusão política desse grupo. Apesar de avanços normativos, como a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) ao ordenamento jurídico brasileiro, a realidade prática ainda é marcada por desafios que demandam ações concretas e efetivas para garantir a participação plena das PcD na política.

A inclusão política das pessoas com deficiência não se limita ao reconhecimento formal de seus direitos, mas demanda a adoção de medidas concretas que visem à remoção de barreiras e à promoção de ações afirmativas.

Nesse contexto, o presente estudo propõe como hipótese central que o processo constitucional é um meio eficaz para a promoção de ações afirmativas destinadas a minorar a sub-representação das PcD nas esferas de poder. Instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) despontam como ferramentas hábeis para corrigir lacunas legislativas e omissões estatais, viabilizando a implementação de políticas que assegurem mais igualdade material e inclusão política.

Com base nessa abordagem, este artigo busca explorar o papel do processo constitucional na construção de uma democracia mais inclusiva, destacando a importância de ações afirmativas para promover a equidade representativa e garantir que as PcD sejam protagonistas na definição das políticas públicas que afetam suas vidas. Ao final, busca-se contribuir para o debate acadêmico e jurídico acerca da construção de uma democracia verdadeiramente inclusiva, que reconheça e valorize a diversidade como fundamento essencial de sua legitimidade.

2 NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

2.1 ConGituição de 1988 e os Direitos Políticos

A Constituição de 1988 marca um divisor de águas na consolidação dos direitos fundamentais no Brasil, inaugurando uma nova era de

proteção e inclusão social. Esse marco constitucional trouxe expresso o reconhecimento da dignidade humana e da igualdade como princípios basilares, promovendo uma abordagem mais abrangente e inclusiva aos direitos das pessoas com deficiência.

Logo no seu artigo 1º, incisos II e III, a Constituição firma que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A cidadania pode ser compreendida através da divisão proposta por Marshall, que a segmenta em três elementos fundamentais: o civil, o político e o social (Marshall, 1967).

Segundo o autor, o elemento civil é composto pelos direitos necessários à liberdade individual, como a liberdade de ir e vir, a liberdade de imprensa, de pensamento e de fé, além do direito à propriedade e à justiça, sendo este último o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. As instituições que mais se associam aos direitos civis são os tribunais de justiça (Marshall, 1967).

O elemento político da cidadania inclui o direito de participar no poder político, como membro de um órgão ou como eleitor. Já o elemento social da cidadania como o direito ao bem-estar econômico, segurança e participação plena na herança social, vivendo de acordo com os padrões da sociedade. As instituições principais para esse direito são o sistema educacional e os serviços sociais (Marshall, 1967).

Já o princípio da dignidade humana, por sua vez, originalmente referenciado em textos como as Constituições de Weimar (1919), portuguesa (1933), irlandesa (1937) e a brasileira de 1934, era um conceito pouco abordado no cenário constitucional, refletindo uma presença esparsa, mas inovadora. Contudo, com os horrores da Segunda Guerra, a dignidade humana tornou-se um princípio fundamental no direito internacional e nas constituições modernas (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2022)³.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Segundo Fernandes (2020), a Constituição eleva a dignidade da pessoa humana à categoria de meta princípio, o que confere a ela papel central como orientadora dos valores e da interpretação de todos os direitos fundamentais. Esse princípio exige que a pessoa humana seja sempre tratada com respeito moral e igualdade, sendo valorizada como um fim em si mesma, e não como um meio para atender interesses alheios.

A dignidade possui papel multifacetado como valor, princípio e, em alguns contextos, como regra. Em primeiro lugar, é vista como um valor que orienta e inspira todo o ordenamento jurídico, sustentando os pilares da República e da democracia no Brasil, mas também pode operar como regra em casos específicos, como a proibição de tortura e tratamentos desumanos, extraída diretamente do princípio da dignidade. Dessa forma, esse valor não se limita a uma função abstrata, mas gera normas objetivas que podem ser aplicadas diretamente (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2022).

O princípio exige que o Estado garanta condições equitativas para que essas pessoas possam existir plenamente, incluindo o exercício do seu direito ao sufrágio, livre de barreiras e discriminações. Negar ou dificultar o acesso ao voto a determinado grupo significa desrespeitar a dignidade dessas pessoas, ao subestimar sua autonomia e participação na vida democrática. Assim, a efetivação do voto igualitário para todos os brasileiros não é apenas uma questão de justiça, mas uma materialização prática do respeito à dignidade humana e à cidadania plena.

Partindo para o artigo 3º, IV, a CF/88 elege como objetivo fundamental do país promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988). Assim, o Estado deve adotar políticas públicas e legislações que assegurem a inclusão e a proteção de todos os cidadãos, independentemente de suas características pessoais ou sociais, implicando na implementação de medidas que combatam o racismo, o sexismo, a homofobia, o capacitismo e etc. Além de combater as diversas formas de preconceito, o dispositivo veda discriminações eleitorais.

No artigo 5º, a Constituição consagra a igualdade material, estabelecendo tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais,

na proporção da sua desigualdade (Brasil, 1988). Associando a noção de justiça com a de igualdade, há mais de 2.500 anos, Aristóteles (2013) já defendia que “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputa e queixas (como quando iguais recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes desiguais).”

Dentre as várias implicações do princípio da isonomia no ordenamento jurídico, tem-se o art. 14 CF/88, que, tratando do sistema político, determina que o sufrágio é universal e o voto direto e secreto, com valor igual para todos. Para Mendes (2012), isso significa que se reconhece direito político a todos os nacionais do Brasil, independentemente do pertencimento a determinados grupos ou classes, ou certa qualificação. Assim, tal dispositivo afasta o que o doutrinador chama de “sufrágio capacitário”, referindo-se a critérios concernentes à qualificação ou à capacidade do eleitor, especialmente no que diz respeito ao preparo ou à habilidade intelectual (Mendes, 2012).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagra, no artigo XXI, o princípio do sufrágio universal como fundamento da legitimidade democrática. O documento estabelece que toda pessoa tem o direito de participar do governo de seu país, seja diretamente ou por meio de representantes escolhidos de forma livre, garantindo também a igualdade de acesso ao serviço público. Além disso, afirma que a vontade popular constitui a base da autoridade governamental, devendo ser manifestada por meio de eleições periódicas realizadas de maneira legítima, com sufrágio universal e voto secreto, assegurando a liberdade de escolha e participação de todos os cidadãos.

Conforme destaca Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2022), o direito fundamental ao voto desempenha um papel central em um Estado Democrático de Direito, sendo uma conquista histórica consagrada em declarações de direitos desde o século XVII. Um marco inicial desse reconhecimento ocorreu com o Bill of Rights na Inglaterra, em 1689, que garantiu a livre eleição dos membros do Parlamento, consolidando a relevância do sufrágio como um dos pilares da democracia representativa.

O direito ao sufrágio, trata do direito de votar, de participar da formação da vontade estatal e no direito de ser votado, fundamental para um regime democrático. Representa o direito que todos têm de participar ativamente no processo político, mas que, na prática, não é exercido em sua plenitude pelas pessoas com deficiência, como será demonstrado a seguir.

De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022), os direitos e garantias previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal possuem natureza de direitos fundamentais, sendo aplicáveis de forma imediata, conforme disposto no artigo 5.º, § 1.º. Esses dispositivos vinculam diretamente os agentes estatais e são considerados cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso II), seja por se enquadrarem como direitos e garantias individuais, seja pela possibilidade de serem interpretados como limites materiais implícitos à reforma constitucional. Logo, a restrição ao acesso das PcD ao voto igualitário é inconstitucional por ferir essa proteção.

Por fim, além das normas citadas, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu na CF/88 a regra do o art. 5º, § 3º que confere status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o voto de, pelo menos, três quintos dos membros. Um exemplo prático dessa regra é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assinada em Nova York em 2007, que foi internalizada no Brasil com status constitucional por meio do Decreto nº 6.949/2009. Essa convenção marcou um avanço significativo ao consolidar a proteção dos direitos das pessoas com deficiência dentro do chamado bloco de constitucionalidade, sendo tratada a seguir.

2.2 Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2006

Conforme Piovesan (2013)⁴, a deficiência é “um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais”. Na mesma linha, o item e, do preâmbulo da CDPD, destaca que a deficiência deve ser compreendida como um conceito dinâmico, em constante evolução, resultante da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras existentes no ambiente, sejam elas físicas, atitudinais ou sociais (Brasil, 2009).

A criação da CDPD foi motivada pela insuficiência dos tratados internacionais de direitos humanos até então existentes para atender às demandas específicas desse grupo. Embora instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e diversos tratados contra discriminação, tortura e desigualdade fossem aplicáveis, na prática, os órgãos de vigilância da ONU e os Estados Partes demonstraram pouca atenção às pessoas com deficiência em seus relatórios. O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais optou por positivar os direitos dos PcD em um tratado internacional, impondo-lhes força coercitiva e educativa.

Segundo Comparato (2015)⁵, o reconhecimento oficial dos direitos humanos por uma autoridade política competente não apenas proporciona maior segurança às relações sociais, mas também desempenha um papel pedagógico na comunidade. Esse reconhecimento contribui para a consolidação de grandes valores éticos, que, sem tal legitimação formal, levariam mais tempo para serem assimilados pela sociedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a CDPD foi incorporada com equivalência formal a uma emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, da CRFB/88, conforme já citado, tornando-se o primeiro tratado internacional de direitos humanos a alcançar tal status. O processo de ratificação foi concluído em 1º de agosto de 2008, com o depósito do instrumento de ratificação na ONU, conforme previsto no Decreto Legislativo nº 186/2008. Este decreto promulgou seu texto e de seu Protocolo Facultativo no sistema jurídico nacional, assegurando sua plena validade e eficácia jurídica.

A CDPD estabelece diversos artigos relacionados aos direitos civis e políticos das PcD, incluindo: igualdade e não discriminação (art. 5º);

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

direito à vida (art. 10); reconhecimento da igualdade perante a lei (art. 12); acesso à justiça (art. 13); liberdade e segurança da pessoa (art. 14); proteção contra tortura, tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 15); prevenção contra exploração, violência e abuso (art. 16); proteção à integridade física e mental (art. 17); direito à liberdade de movimentação e à nacionalidade (art. 18); vida independente e participação na comunidade (art. 19); mobilidade pessoal (art. 20); liberdade de expressão, opinião e acesso à informação (art. 21); direito à privacidade (art. 22); respeito ao lar e à família (art. 23).

No que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, destacam-se os seguintes artigos: educação (art. 24); saúde (art. 25); habilitação e reabilitação (art. 26); trabalho e emprego (art. 27); padrão de vida adequado e proteção social adequados (art. 28); e participação na vida política e pública (art. 29) e participação na vida cultural, recreativa, de lazer e esportiva (art. 30).

Sobre o artigo 29, é válido ressaltar que o direito das PcD à participação plena e efetiva na vida política e pública, em igualdade de condições com as demais pessoas, é expressamente reconhecido. Este dispositivo dispõe que o exercício dos direitos políticos, incluindo o direito de votar e ser votado, é essencial para a inclusão social e para a garantia da dignidade, autonomia e cidadania das pessoas com deficiência.

O texto reforça a obrigação dos Estados Partes de assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos políticos sem discriminação e com igualdade de oportunidades. Para isso, prevê medidas específicas, como a garantia de acessibilidade física aos locais de votação, tecnologias assistivas para o exercício do voto e a proteção contra qualquer forma de influência ou coerção indevida. Além disso, o dispositivo valoriza a participação ativa das pessoas com deficiência em organizações não governamentais e movimentos políticos, incentivando seu envolvimento em todos os aspectos da vida pública.

O conceito de pessoa com deficiência estabelecido pela CDPD, que rompe com abordagens restritivas e destaca a interação entre barreiras sociais

e condições individuais. Além disso, é necessário explorar os princípios da Convenção, que orientam a formulação de políticas públicas e servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, (STF) na ADI nº 5.265⁶, afirmou que o conceito estabelecido na Convenção é o parâmetro válido para todas as normas relacionadas ao tema no ordenamento jurídico (Brasil, 2017)⁷. No caso, o Ministro Alexandre de Moraes, em decisão monocrática, extinguiu, sem análise do mérito, pois considerou que o § 3º do artigo 98 da Lei nº 8.112/1990 foi tacitamente revogado pela CDPD, que, com status constitucional, estabeleceu um conceito mais amplo de deficiência, sem diferenciações de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (Brasil, 2017).

A extinção dessa ADI no STF denota que o ordenamento jurídico brasileiro deve estar em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos, assegurando a igualdade de condições para todos os tipos de deficiência.

Já ao analisar a Lei nº 2.151/2017 do Estado do Amapá, o STF considerou inconstitucional qualquer norma estadual que reduza o conceito de PcD estabelecido pela Constituição Federal, pela CDPD, que possui status constitucional, e pela legislação federal (Brasil, 2023)⁸. A Corte também determinou que é incompatível desconsiderar a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar prevista na LBI, assim como excluir o dever de adaptação de unidades escolares para garantir o ensino inclusivo (Brasil, 2023).

Nessa oportunidade, o Supremo ressaltou que a competência legislativa suplementar conferida aos estados (art. 24, XIV e § 2º, da CF/88) não

⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.265. Relator: Alexandre de Moraes. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Brasília, DF, julgado em 25 maio 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732383>. Acesso em: 23 nov. 2024.

⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.265. Relator: Alexandre de Moraes. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Brasília, DF, julgado em 25 maio 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732383>. Acesso em: 23 nov. 2024.

⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.028/AP. Relator: Ministro Roberto Barroso. Inconstitucionalidade da Lei nº 2.151/2017, do Estado do Amapá. Brasília, DF, julgado em 19 jun. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI>

autoriza a imposição de restrições ao conteúdo de leis federais, especialmente no que se refere à proteção das pessoas com deficiência, à segregação por tipo de deficiência ou à modificação dos critérios de avaliação e priorização do ensino inclusivo (Brasil, 2023).

Portanto, a utilização da CDPD como parâmetro de constitucionalidade não se limita a uma abordagem teórica. Trata-se de uma prática concreta adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reafirma, de maneira incontestável, o status da Convenção como integrante do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

3 DEFICIT DE REPRESENTATIVIDADE DAS PCD E AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 Dados EGatíGicos

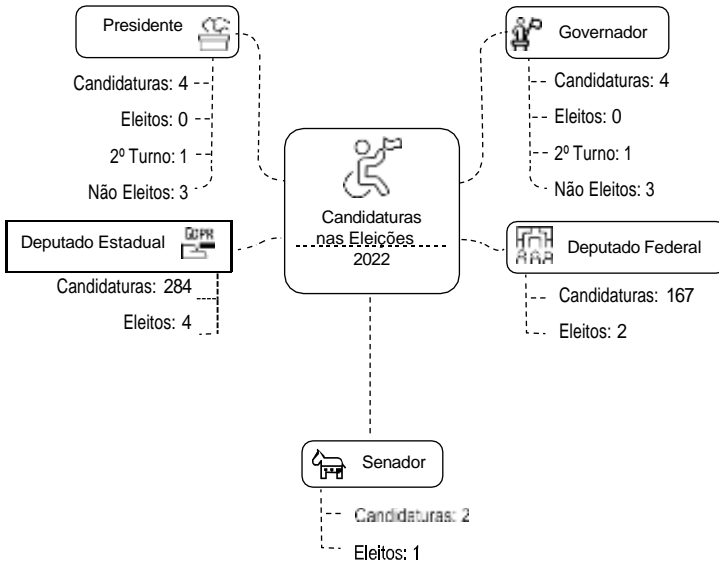
Apesar do esforço regulatório para incluir esse público na sociedade, as pessoas com deficiência ainda são um dos grupos vulneráveis que mais têm os seus direitos olvidados no Brasil. Entre os direitos legados a esse grupo vulnerável, figuram os direitos políticos.

Segundo a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) 2019, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), havia no Brasil, naquele ano, 17,3 milhões de pessoas de 2 anos ou mais de idade com deficiência em, pelo menos, uma de suas funções. O número correspondia a 8,4% da população nessa faixa etária (IBGE, 2019).

Malgrado as pessoas com deficiência representem uma grande parcela da população brasileira, de acordo com as estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), nas Eleições 2022, apenas 476 candidatas e candidatos registrados (abrangendo os com registro deferido e indeferido) declararam ter algum tipo de deficiência, em meio de mais de 29 mil pedidos de registro de candidaturas. Destes 476 candidatos com deficiência, 28 se registraram, mas tiveram o pedido indeferido. 264 informaram ter deficiência física (53,66%), 115 visual (23,37%), 59 auditiva (11,99%), 13 autismo (2,64%) e 41 de outro tipo (8,33%) (Brasil, 2020).

Em outra página, tratando dos resultados das eleições, o TSE traz os seguintes dados:

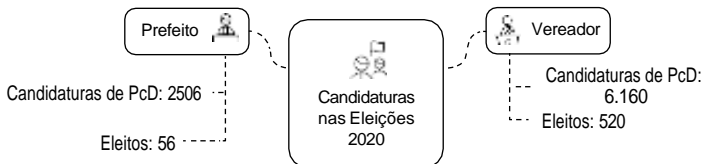
Figura 1 - Candidaturas nas Eleições 2022



Fonte: Tribunal Superior Eleitoral
Elaboração própria, por meio do aplicativo Napkin

Já em 2020, quase 148 milhões de eleitores foram às urnas para eleger 58.208 vereadores, além de prefeitos e vice-prefeitos de 5.567 municípios do país. Cruzando os resultados do pleito com as candidaturas de pessoas com deficiência, tem-se:

Figura 2 - Candidaturas nas Eleições 2020



Fonte: Tribunal Superior Eleitoral
Elaboração própria, por meio do aplicativo Napkin

Nas eleições municipais de 2024, o número de candidaturas de PcD reduziu, levando ao seguinte quadro:

Figura 3 - Candidaturas nas Eleições 2024



Fonte: Tribunal Superior Eleitoral
Elaboração própria, por meio do aplicativo Napkin

Malgrado não se tenha conseguido verificar a compatibilidade metodológica das estatísticas citadas, observa-se um profundo deficit de representatividade política das pessoas com deficiência (PcD), demonstrando a urgência de se promover mecanismos eficazes para assegurar sua participação ativa na política brasileira. A exclusão deste grupo da formação da vontade política não apenas compromete a efetivação de seus direitos fundamentais, mas também perpetua um ciclo vicioso: a ausência de representação política contribui para a negligência de suas demandas e, conseqüentemente, para a manutenção de condições sociais e econômicas desfavoráveis, que dificultam ainda mais seu acesso à política.

A exclusão política das PcD está intrinsecamente ligada a outras formas de marginalização social. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de

Domicílios Contínua (PNAD) de 2022 revelam que a taxa de participação na força de trabalho das pessoas com deficiência foi de apenas 29,2%, em contraste com 66,4% das pessoas sem deficiência. Essa desigualdade persiste mesmo entre aqueles com ensino superior, onde a taxa de participação foi de 54,7% para PcD, comparada a 84,2% para pessoas sem deficiência. Além disso, a taxa de ocupação foi de 26,6% entre PcD, menos da metade dos 60,7% observados entre pessoas sem deficiência (IBGE, 2023)⁹.

A precarização das condições de trabalho também é evidente. A informalidade é mais prevalente entre trabalhadores com deficiência (55%) do que entre aqueles sem deficiência (38,7%). O rendimento médio das pessoas com deficiência ocupadas foi de apenas R\$ 1.860, significativamente inferior aos R\$ 2.690 recebidos por pessoas sem deficiência (IBGE, 2023). Esses números não apenas refletem barreiras de acesso, mas reforçam a dependência econômica e a exclusão social, dificultando a ascensão política das PcD.

No campo educacional, o cenário é igualmente alarmante. A taxa de analfabetismo entre pessoas com deficiência é de 19,5%, quase cinco vezes maior do que a das pessoas sem deficiência (4,1%). Apenas 25,6% das PcD concluíram pelo menos o ensino médio, em contraste com 57,3% das pessoas sem deficiência, e no ensino superior essa disparidade é ainda mais acentuada: somente 7,0% das PcD completaram a graduação, frente a 20,9% entre os sem deficiência (IBGE, 2022). Esse deficit educacional compromete não apenas a qualificação para o mercado de trabalho, mas também a capacidade de articulação política e reivindicação de direitos.

A vulnerabilidade das PcD também se estende ao campo da violência. Dados do Atlas da Violência 2024 apontam 15.329 notificações de violência contra PcD em 2022, sendo as pessoas com deficiência intelectual as mais vulneráveis, com uma taxa de 36,9 casos por 10 mil indivíduos, seguidas por PcD físicas (12,0), auditivas (3,8) e visuais (1,5) (Cerqueira; Bueno,

⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pessoas com deficiência têm menor acesso à educação, ao trabalho e à renda. Agência de Notícias **IBGE**, 19 set. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37317-pessoas-com-deficiencia-tem-menor-acesso-a-educacao-ao-trabalho-e-a-renda>. Acesso em: 10 de nov. de 2024

2024). Essa exposição à violência reflete a ausência de políticas públicas eficazes, frequentemente negligenciadas devido à falta de representatividade nos espaços de decisão.

Portanto, a exclusão política e social das pessoas com deficiência está profundamente entrelaçada. A ausência de PcD nas decisões públicas perpetua a negligência de suas demandas, reforçando um ciclo de marginalização. Por outro lado, a participação ativa das PcD na política brasileira é essencial para romper esse ciclo, possibilitando não apenas a efetivação de seus direitos fundamentais, mas também o fortalecimento da democracia e a promoção da igualdade social. Uma representação política mais inclusiva permitirá que suas vozes sejam ouvidas, garantindo a construção de políticas públicas que contemplem suas necessidades de forma plena e justa.

3.2 Ações afirmativas para inclusão de PcD na política

A inclusão das pessoas com deficiência na política pode ser fomentada por meio de ações afirmativas efetivas. Entre elas, a implementação de cotas obrigatórias para candidatos com deficiência nos partidos políticos, a acessibilidade ao fundo eleitoral e propaganda gratuita; a garantia de acessibilidade universal em todas as etapas do processo eleitoral, desde o registro de candidaturas até o dia da votação e etc. Além disso, é imprescindível promover campanhas amplas de educação e conscientização, tanto para a sociedade em geral quanto para as próprias pessoas com deficiência, com o objetivo de desconstruir estereótipos, combater preconceitos e incentivar a participação política, promovendo uma cultura de inclusão e igualdade no exercício dos direitos políticos.

As ações afirmativas, para Fernandes (2020), podem ser caracterizadas “pelo tratamento diferenciado, por meio de políticas públicas ou outras iniciativas, destinado a grupos historicamente marginalizados, visando corrigir desigualdades socioeconômicas e promover a equidade”. No Brasil, políticas como as cotas raciais em concursos públicos e programas de habitação popular têm sido implementadas com enfoque em promover igualdade para

diferentes grupos, como pessoas negras e pessoas em situação de rua, entre outros, buscando combater a discriminação e promover maior justiça social.

A distinção aristotélica entre justiça distributiva e corretiva, vista acima, dialoga com a noção moderna de igualdade material e oferece um arcabouço teórico para analisar a eficácia das ações afirmativas. Na esfera eleitoral, a igualdade não se limita à formalidade do direito ao voto ou à candidatura; ela exige que o Estado adote medidas concretas para superar as barreiras físicas, sociais e políticas que dificultam ou inviabilizam a participação das PcD.

A acessibilidade eleitoral, nesse sentido, não é apenas uma obrigação constitucional, mas também uma expressão prática da justiça universal, que, como ensina Aristóteles, transcende a mera validade formal das leis e demanda que elas sejam justas em seu conteúdo. Dessa forma, o reconhecimento da cidadania plena das pessoas com deficiência exige não apenas a criação de normas inclusivas, mas também sua efetiva implementação, garantindo que a democracia seja de fato acessível a todos.

Para Feres Júnior et al. (2018), existem três argumentos centrais que justificam as políticas de ação afirmativa: reparação, justiça distributiva e diversidade. Esses argumentos formam a base para a adoção de tais políticas, tanto no Brasil quanto em outros países onde são empregadas.

Primeiro, o argumento da reparação aponta que as políticas de ação afirmativa são necessárias para corrigir injustiças históricas. As pessoas com deficiência, historicamente marginalizadas e excluídas, precisam de políticas compensatórias para superar as barreiras estruturais que ainda limitam sua participação política.

Em segundo lugar, como visto acima, a justiça distributiva defende que ações afirmativas são fundamentais para garantir uma distribuição mais equitativa de recursos e oportunidades. No contexto brasileiro, onde a representatividade política das PcD é notoriamente baixa, como demonstram os dados, essas políticas são essenciais para assegurar sua participação ativa na formação da vontade política.

Já o argumento da diversidade sustenta que a inclusão de diferentes grupos na política, incluindo pessoas com deficiência, beneficia a democracia ao ampliar a pluralidade de perspectivas, resultando em decisões mais informadas, justas e representativas das demandas sociais.

Por exemplo, as Emendas Constitucionais de 2021 e 2022 trouxeram ações afirmativas importantes para a inclusão de mulheres e pessoas negras na política. Essas medidas incluíram a duplicação dos votos atribuídos a esses grupos no cálculo para distribuição dos recursos dos fundos partidário e eleitoral, além de reservar percentuais mínimos de recursos do fundo partidário para campanhas voltadas a mulheres. A Emenda Constitucional n.º 111, promulgada em setembro de 2021, determinou a contagem em dobro dos votos dados a mulheres e pessoas negras no cálculo da distribuição dos recursos dos fundos partidário e eleitoral nas eleições, medida válida até 2030. Já a Emenda Constitucional n.º 117, promulgada em abril de 2022, ampliou essas medidas ao incluir percentuais mínimos de aplicação de recursos em programas para fomentar a participação política feminina (Brasil, 1988).

Destarte, considerando a sub-representação das pessoas com deficiência na política brasileira, a expansão do alcance das E.C. n.º 111 e 117 para contemplar diretamente as PcD ou, alternativamente, criar políticas afirmativas específicas para garantir sua representatividade política, é uma demanda da Constituição. Essa iniciativa não apenas cumpre os preceitos constitucionais de igualdade e inclusão, mas também fortalece a democracia brasileira.

O capítulo a seguir trata da viabilidade de usar o processo constitucional para buscar a efetivação desses direitos.

4 PROCESSO CONSTITUCIONAL E INCLUSÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

4.1 Omissão Inconstitucional

Conforme ensina Barroso (2010), a maior parte dos dispositivos constitucionais assume a forma de normas cogentes, cuja aplicação é

imperativa e não pode ser afastada pela mera vontade das partes. Essas normas contrastam com as normas dispositivas, que prevalecem no âmbito privado e admitem modificação ou exclusão pela autonomia das partes. As normas cogentes subdividem-se em versões preceptivas e proibitivas, respectivamente, impondo ou vedando comportamentos específicos. Nesse contexto, a Constituição pode ser violada tanto por meio de ações contrárias às suas proibições, quanto por omissões em cumprir os atos que ela exige. Assim, a violação constitucional pode ocorrer por ação, entendida como conduta positiva, ou por omissão, caracterizada por uma inércia ilegítima.

A omissão inconstitucional ocorre quando o poder público deixa de adotar, ou adota de forma insuficiente, medidas legislativas ou executivas indispensáveis para garantir a plena aplicabilidade de normas constitucionais que dependem de regulamentação. Trata-se de uma conduta negativa que impede a concretização dos preceitos constitucionais, comprometendo a eficácia e a implementação dos direitos garantidos pela Constituição (Novelino, 2023).

Em regra, legislar é uma faculdade do legislador, mas, quando a Constituição impõe um dever explícito de editar norma indispensável à efetividade de um preceito constitucional, a inércia legislativa configura uma inconstitucionalidade por omissão.

Sobre o tema, o Min. Celso de Mello na ADI 1.484/DF, citado por Novelino (2023), quando o Legislativo não cumpre, total ou parcialmente, o dever de legislar, fere a integridade da Constituição, estimulando o “fenômeno da erosão da consciência constitucional”. A inércia estatal em cumprir deveres constitucionais enfraquece a normatividade constitucional, resultando em inconstitucionalidades por omissão.

Para enfrentar essa problemática, a CF/88 trouxe dois instrumentos, o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), voltado à tutela incidental e concreta de direitos constitucionais subjetivos afetados pela ausência de regulamentação; e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), destinada ao controle por via principal e em tese das omissões normativas. Ambos são tratados abaixo.

4.2 Mandado de Injunção para Efetivação do Direito de Participação Política das PcD

O mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, configura-se como um remédio constitucional destinado a suprir a ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Brasil, 1988). A doutrina destaca a natureza mandamental do instituto, conferindo ao Poder Judiciário a possibilidade de determinar medidas para suprir a lacuna normativa de modo provisório, respeitando a separação dos poderes. Além disso, discute-se o alcance e os efeitos das decisões no mandado de injunção, podendo estas ser concretas (dirigidas à parte requerente) ou gerais (extensíveis a todos os beneficiários da norma).

De acordo com Fernandes (2020), o mandado de injunção aplica-se exclusivamente às normas constitucionais de eficácia limitada, que, ao contrário das normas de eficácia plena ou contida, não possuem todos os elementos necessários para produzir efeitos de forma direta e imediata. Essas normas, por serem dependentes de regulamentação para alcançar plena eficácia, requerem a atuação dos Poderes Públicos, especialmente do legislador. Além disso, o Supremo Tribunal Federal exige a comprovação de um nexo de causalidade, demonstrando que a inércia legislativa impede o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa prevista constitucionalmente (Fernandes, 2020).

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (2023) firma que o mandado de injunção destina-se a sanar omissões relacionadas apenas às normas constitucionais de eficácia limitada de caráter impositivo e às normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, que demandam regulamentação normativa para se tornarem plenamente aplicáveis. A ausência de atos normativos

que preenchem essas lacunas, como a fixação de alíquota interestadual ou do valor da renda básica de cidadania, pode justificar o ajuizamento do

mandado. Contudo, não se admite seu uso para alterar normas já existentes, questionar a constitucionalidade de atos normativos vigentes ou buscar interpretações específicas ou mais “justas” de legislações infraconstitucionais. Esse instrumento tem por objetivo exclusivo assegurar a efetividade de normas dependentes de regulamentação normativa (Moraes, 2023).

A participação política, por sua vez, é um direito fundamental assegurado às PcD, com base tanto na Constituição Federal quanto na CDPD, a qual, é sempre válido lembrar, possui o status de norma constitucional. Esse direito abrange não apenas o voto, mas também o pleno envolvimento em processos políticos e públicos, garantindo igualdade de condições para todos os cidadãos.

A CF/88 consagra, de forma ampla e inequívoca, os princípios da igualdade e da participação política como pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. Seu artigo 5º, caput, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (Brasil, 1988) e, especificamente no campo da participação política, o artigo 14, caput, define o voto como um dos instrumentos fundamentais da soberania popular, assegurando a todos os cidadãos brasileiros o direito de votar e ser votado independentemente de condições pessoais. O parágrafo 1º do mesmo artigo, prevê que a alistabilidade eleitoral e a elegibilidade são direitos assegurados a todos, com ressalvas apenas em casos expressamente previstos pela própria Constituição (Brasil, 1988). Entretanto, nenhuma dessas normas é de eficácia limitada, motivo pelo qual o cabimento do mandado de injunção para efetivá-las é controverso.

Por outro lado, o artigo 29 da CDPD exige a implementação de medidas que assegurem a acessibilidade e a igualdade de condições nos processos eleitorais e na vida política do país. O dispositivo impõe aos Estados Partes a proteção dos direitos políticos das mediante a proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, garantindo-lhes a liberdade de exercer esse direito sem qualquer forma de intimidação. Além disso, assegura o direito de candidatar-se a cargos eletivos,

ocupar efetivamente essas posições e desempenhar funções públicas em todos os níveis de governo, com o apoio de tecnologias assistivas sempre que necessário (Brasil, 2009). Esse compromisso assumido pelo Brasil exige uma regulamentação para o seu devido cumprimento.

Para que o mandado de injunção seja cabível, o STF exige, além da ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direitos constitucionais, a comprovação da inércia legislativa ou normativa. Esses requisitos foram reafirmados pela jurisprudência do STF em casos emblemáticos, como o julgamento do Mandado de Injunção 283/DF, que abordou a omissão legislativa relacionada ao direito de greve dos servidores públicos.

Tendo em mente esses requisitos, cabe destacar que, de fato, inexistia norma regulamentadora que permitia às PcD possuírem representatividade nas mesmas condições que as demais pessoas. No tocante à inércia legislativa, basta lembrar que a Constituição Federal foi promulgada em 1988, enquanto a CDPD foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2009. Logo, em ambos os casos, houve tempo mais do que suficiente para que o legislador cumprisse sua obrigação de regulamentar o tema.

Em se tratando dos efeitos da decisão do mandado de injunção, há que se apontar uma notável evolução jurisprudencial ao longo das décadas. Inicialmente, prevalecia a chamada visão tradicional ou não concretista, segundo a qual o STF reconhecia a omissão legislativa, mas limitava-se a comunicar o Poder Legislativo ou a autoridade competente, sem determinar medidas concretas para a solução do problema. Esse entendimento, embora alinhado à separação de poderes, foi criticado por sua ineficácia prática na efetivação dos direitos constitucionais.

Esse paradigma começou a ser superado em 2007, com o julgamento dos Mandados de Injunção n.º 712/PA, 670/ES e 708/DF pelo STF. Nesses casos, a Corte adotou a Teoria Concretista, conferindo maior efetividade ao instituto ao proferir decisões mandamentais. Com base nessa teoria, o STF passou a determinar a aplicação provisória de normas similares àquelas inexistentes, assegurando o exercício de direitos constitucionalmente previstos

enquanto persistisse a omissão legislativa. Essa mudança representou um avanço significativo na proteção de direitos fundamentais, ao reduzir os efeitos nocivos da inércia legislativa e garantir a concretização de normas constitucionais de eficácia limitada.

Outro marco importante foi a Lei nº 13.300/2016, que regulamentou o mandado de injunção, trazendo avanços significativos em relação aos efeitos das decisões judiciais proferidas nesse tipo de ação. Entre as inovações, destaca-se a previsão de que as decisões podem ter efeitos concretos e vinculantes, assegurando a eficácia plena do direito inviabilizado pela omissão normativa. O artigo 8º da norma estabelece que, na ausência de regulamentação legislativa, cabe ao Poder Judiciário determinar medidas necessárias à concretização provisória do direito, de forma a superar a lacuna enquanto não houver edição da norma competente (Brasil, 2016).

Essa abordagem consolida a interpretação concretista do mandado de injunção, permitindo que as decisões proferidas sejam aplicadas não apenas ao caso específico, mas também a situações semelhantes, desde que respeitada a vinculação dos interessados ao direito questionado. Essa interpretação reflete o papel essencial do mandado de injunção como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, conforme delineado pela legislação.

Considerando o exposto até o momento, entende-se viável a utilização de um mandado de injunção para catalisar a implementação de medidas de acessibilidade eleitoral para as PcD, como, por exemplo, a extensão dos efeitos das Emendas Constitucionais nº 111 e nº 117 o grupo em questão, promovendo a inclusão em processos eleitorais e no exercício de direitos políticos.

A Emenda Constitucional nº 111/2021, ao incluir a contagem em dobro dos votos de candidatos autodeclarados negros em eleições proporcionais, reforçou o compromisso com a igualdade racial (Brasil, 1988). De forma semelhante, a Emenda Constitucional n.º 117/2022 incluiu na Constituição a aplicação de percentuais mínimos de recursos do fundo partidário nas campanhas de mulheres e em programas voltados à participação

delas na política. Ainda que essas emendas não tratem diretamente das pessoas com deficiência, o mandado de injunção pode ser utilizado para argumentar que o mesmo princípio de inclusão e promoção da igualdade seja aplicado a este grupo.

Portanto, o mandado de injunção poderia ser utilizado visando não apenas reconhecer a omissão legislativa, mas também viabilizar soluções provisórias e concretas para garantir que as pessoas com deficiência possam participar plenamente do processo político e eleitoral em condições de igualdade. Uma ação nesse termos teria o condão de criar precedentes que contribuiriam para uma sociedade mais inclusiva e igualitária, em consonância com os princípios constitucionais e os compromissos assumidos pelo Brasil com a CDPD.

4.3 Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão Para Efetivação Do Direito De Participação Política Das Pcd

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um mecanismo jurídico que integra o sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, concebido para combater a inércia legislativa ou administrativa que impede a concretização de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Trata-se de um instrumento essencial para assegurar a supremacia da Constituição, ao exigir a atuação dos órgãos competentes quando a ausência de norma regulamentadora inviabiliza o exercício de direitos constitucionais.

Prevista no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, a ADO confere ao STF a competência para reconhecer a omissão e determinar que o órgão responsável a supra, podendo, se necessário, fixar prazo para o cumprimento. Sua regulamentação encontra-se na Lei nº 9.868/1999, que disciplina o processo e os efeitos das decisões no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, consolidando o papel da ADO como uma ferramenta de concretização de direitos fundamentais nas situações em que o legislador ou administrador se mostra omissos.

A ação direta de ADO possui requisitos específicos para ser admitida, conforme a jurisprudência do STF. Tal como ocorre no mandado de injunção, primeiramente, é necessário demonstrar a existência de uma omissão normativa que inviabilize o exercício de um direito ou liberdade constitucional. Essa omissão pode ser total, quando não há qualquer norma regulamentadora, ou parcial, quando a regulamentação existente é insuficiente para atender às exigências constitucionais. Outro requisito essencial é a comprovação de que a norma constitucional cuja regulamentação é exigida possua eficácia limitada, ou seja, dependa de regulamentação para produzir efeitos concretos.

De acordo com Fernandes (2020), o STF entende que a ação ADO é cabível apenas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada, sejam elas de princípio institutivo ou programático. A omissão que fundamenta a ADO deve referir-se à ausência de atos normativos primários ou secundários, não sendo admissível em casos de omissão de atos concretos. No entanto, o autor argumenta, com base em doutrina, que a omissão inconstitucional passível de ADO poderia também incluir a insuficiência de normas ou a ausência de prestações administrativas necessárias para garantir a efetividade de direitos fundamentais.

Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022), a ADO não se limita à ausência de atos normativos primários, abrangendo também a falta de atos normativos secundários, regulamentos do Executivo ou atos do Judiciário. A omissão inconstitucional pode ocorrer não apenas pela ausência de uma obrigação expressa de legislar, mas também pela falta ou insuficiência de normas ou ações administrativas necessárias para assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Assim, o dever do legislador não se restringe às hipóteses expressamente previstas, mas também se estende às situações em que a tutela desses direitos exige complementação normativa.

Ainda segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022), na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o autor deve invocar na petição inicial a norma constitucional que impõe o dever de legislar. No entanto, essa ação não se limita à ausência de leis previstas expressamente pela Constituição,

mas também abrange a falta de normas essenciais para a proteção de direitos fundamentais. Em situações em que a obrigação de legislar não decorre de imposição expressa, o autor precisa demonstrar que o direito fundamental em questão depende de norma para ser efetivado ou protegido, seja para viabilizar condutas estatais ou para garantir prestações materiais necessárias ao exercício do direito.

Embora a ADO e o mandado de injunção compartilhem o objetivo de suprir lacunas normativas que inviabilizam direitos constitucionais, esses instrumentos apresentam diferenças fundamentais. A ADO é de natureza objetiva e busca declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa, com efeitos erga omnes, visando compelir o órgão competente a editar a norma faltante. Já o mandado de injunção, de natureza subjetiva, destina-se a assegurar, a um indivíduo ou grupo específico, o exercício imediato de direitos ou liberdades constitucionais prejudicados pela omissão, permitindo que o Judiciário determine provisoriamente medidas concretas para suprir a lacuna legislativa.

Além disso, a ADO é de competência exclusiva dos legitimados elencados no artigo 103 da Constituição, enquanto o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa que tenha seu direito diretamente afetado pela omissão normativa. Apesar dessas diferenças, ambos os instrumentos atuam de maneira complementar, promovendo a efetividade das normas constitucionais e assegurando a proteção de direitos fundamentais, como o direito à participação política das pessoas com deficiência.

Já quanto aos efeitos da decisão da ADO, o STF adota tradicionalmente uma postura não concretista, reconhecendo a mora e apenas recomendando que o poder competente supra a omissão, conforme disposto no artigo 103, §2º, da Constituição Federal e no artigo 12-H da Lei nº 12.063/2009. De acordo com Alexandre de Moraes (2023)¹⁰, o reconhecimento da

¹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.265. Relator: Alexandre de Moraes. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Brasília, DF, julgado em 25 maio 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732383>. Acesso em: 23 nov. 2024.

inconstitucionalidade por omissão atribuída ao Poder Legislativo implica na ciência para adoção das providências necessárias, sem que haja um prazo preestabelecido para sua atuação. Nesse contexto, o Legislativo mantém sua autonomia para legislar, no exercício de sua função constitucional, não podendo ser compelido pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da Constituição. Contudo, a declaração judicial da omissão tem efeitos retroativos ex tunc e abrangência erga omnes, permitindo eventual responsabilização por perdas e danos caso a omissão resulte em prejuízo. Assim, a decisão judicial em ADO possui caráter mandamental, buscando assegurar que outro órgão estatal atue para suprir a lacuna normativa.

Contudo, a Constituição prevê uma peculiaridade em relação aos órgãos administrativos: nesses casos, há um prazo constitucional de 30 dias para suprir a mora. Ademais, a Lei nº 12.063/2009, no entanto, permite que o STF, considerando as circunstâncias específicas e o interesse público, estipule um prazo razoável diferente para órgãos administrativos, conforme previsto no artigo 12-H, §1º.

Na ADO nº 26, o Supremo adotou a tese concretista direta ao decidir que, enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica para criminalizar a homofobia e a transfobia, essas condutas devem ser enquadradas como manifestações de racismo social, sujeitando-se aos preceitos da Lei nº 7.716/1989. Dessa forma, o STF utilizou normas penais previamente estabelecidas para assegurar a proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBT (Brasil, 2020a).

Outro exemplo de aplicação da tese concretista pelo Supremo envolve justamente o direito das PcD. Trata-se da ADO n.º 30, na qual o STF analisou a omissão legislativa em incluir pessoas com deficiência auditiva entre os beneficiários da isenção do IPI prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95. O STF reconheceu que essa isenção constitui uma política pública de natureza constitucional voltada à inclusão social, mobilidade pessoal e acessibilidade das PcD. No caso, a exclusão das pessoas com

deficiência auditiva foi considerada uma omissão inconstitucional, violando princípios como a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e os direitos à acessibilidade e inclusão social, além de descumprir a CDPD (Brasil, 2020b)¹¹.

Ao aplicar a teoria concreta, o STF declarou a inconstitucionalidade por omissão da Lei nº 8.989/95 e determinou que a isenção do IPI fosse estendida às pessoas com deficiência auditiva até que o Congresso Nacional adotasse medidas legislativas para sanar a lacuna, estabelecendo um prazo de 18 meses para o cumprimento. O Tribunal destacou que a extensão do benefício facilitaria a aquisição de automóveis por essa população, promovendo maior independência e inclusão (Brasil, 2020b).

Como visto, o direito de participação política é um dos pilares da democracia, sendo assegurado pelo artigo 14 da Constituição Federal de 1988, que prevê o sufrágio universal e o voto direto, secreto e igualitário como expressão da soberania popular. Em relação às PcD, esse direito é reforçado pelo artigo 29 da CDPD. Dessa forma, a ADO, assim como o mandado de injunção, apresenta-se como um instrumento jurídico hábil para efetivar o direito à participação política das pessoas com deficiência (PcD). Por meio da ADO, o STF pode garantir a regulamentação normativa necessária para tornar esses direitos efetivos, como demonstram as decisões paradigmáticas nas ADOs nº 26 e nº 30, nas quais o Tribunal adotou a tese concretista direta para corrigir omissões legislativas, promovendo maior inclusão e acessibilidade.

Portanto, a ADO revela-se não apenas um mecanismo de controle constitucional, mas também uma ferramenta essencial para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais das PcD. Ao estimular a atuação normativa e administrativa dos órgãos competentes, a ADO pode contribuir significativamente para a consolidação

¹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 30 (ADO 30). Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 24 ago. 2020. Publicado no DJe nº 243, de 6 out. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732377>. Acesso em: 4 jan. 2025.

de uma sociedade mais inclusiva, democrática e alinhada aos compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou abordar a questão do deficit de representatividade das PcD na política brasileira, analisando estatísticas que mostram um descompasso entre a quantidade de indivíduos com deficiência em relação à políticos eleitos que são PcD. Nesse sentido, destacou-se a relevância da CF/88 e da CDPD, que reconhecem e asseguram o direito desse grupo à participação política, mas cuja implementação prática ainda enfrenta desafios significativos.

O estudo focou na viabilidade de recorrer ao processo constitucional como mecanismo de enfrentamento dessas dificuldades. Por meio de instrumentos como o mandado de injunção e a ADO, o Judiciário pode compelir o Estado a adotar medidas que efetivem os direitos políticos das PcD, promovendo ações afirmativas e combatendo a exclusão sistêmica das esferas de Poder.

Como próximos passos, é essencial avançar na adoção e fortalecimento de políticas públicas que promovam a acessibilidade, o empoderamento e a inclusão das PcD como protagonistas nas eleições. Além disso, a ampliação da conscientização social e política acerca da importância da representatividade plural é fundamental para transformar a cultura política brasileira.

Por fim, reforça-se que a construção de uma democracia verdadeiramente inclusiva passa pela garantia de que as pessoas com deficiência tenham voz e influência nas decisões que moldam a sociedade. O processo constitucional, aliado a uma mobilização social, é uma ferramenta poderosa para assegurar que os direitos das PcD sejam não apenas reconhecidos, mas efetivamente concretizados. Assim, o fortalecimento da representatividade política das PcD deve ser visto não apenas como uma obrigação jurídica, mas como um compromisso ético com a justiça e a igualdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2649. Ementa: Constitucionalidade da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 08 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 197, divulgado em 16 out. 2008, publicado em 17 out. 2008. Ementário vol. 2337-01, p. 29. RTJ vol. 207-02, p. 583. LexSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 34-63. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018332>. Acesso em: 2 dez. 2024.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 7 jun. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.265. Relator: Alexandre de Moraes. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Brasília, DF, julgado em 25 maio 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732383>. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26). Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019. Publicado no DJe nº 243, de 6 out. 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 30 (ADO 30). Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado

em 24 ago. 2020. Publicado no DJe nº 243, de 6 out. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732377>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. Eleições 2020: 58.208 vagas de vereadores estarão em disputa neste domingo (15). **Tribunal Superior Eleitoral**, DF, 2020. Comunicação. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Novembro/eleicoes-2020-58-208-vagas-de-vereadores-estarao-em-disputa-neste-domingo-15>>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. ADI 6476, Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 8 set. 2021, Processo Eletrônico. DJe-185, divulgado em 15 set. 2021, publicado em 16 set. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452406/false>. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 1237867, Relator: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5785185>. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.028/AP. Relator: Ministro Roberto Barroso. Inconstitucionalidade da Lei nº 2.151/2017, do Estado do Amapá. Brasília, DF, julgado em 19 jun. 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%207028%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Estatística de Candidaturas. [s.d.]. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao-resultados/defici%C3%A2ncia?p0_

abrangencia=Brasil&clear=RP&session=108896114690483>. Acesso: em 27 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Estatística de Candidaturas. [s.d.] b. Disponível em: <<https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-candidaturas/pain%C3%A9is-de-candidaturas?session=104651246195086>>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Estatística de Candidaturas. [s.d.] c. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao-resultados/cruzamento-por-deficientes?session=5450673560044>. Acesso em: 7 jan. 2025.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atlas da Violência 2024. Brasília: **IPEA**; FBSP, 2024. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes>. Acesso em: 21 jan. 2025.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERES JÚNIOR, João et al. **Ação afirmativa: conceito, história e debates**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saúde (PNS). 2019**. Disponível em: <<https://www.pns.icict.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/12/liv101846.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS CONTÍNUA (PNAD CONTÍNUA). 2022. Disponível em: <https://www>.

ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=37280. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTADÍSTICA. Pessoas com deficiência têm menor acesso à educação, ao trabalho e à renda. Agência de Notícias **IBGE**, 19 set. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37317-pessoas-com-deficiencia-tem-menor-acesso-a-educacao-ao-trabalho-e-a-renda>. Acesso em: 10 de nov. de 2024.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade. Dissertação (Mestrado em Direito) – **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. **A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru. Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 296-322, 2021. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/43240. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43240> . Acesso em: 20 nov. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. Barueri: Atlas, 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed., rev. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

OPENAI. **ChatGPT**. Disponível em: <https://chat.openai.com/>. Acesso em: 5 nov. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

O Controle de Convencionalidade e os Reflexos no Direito Processual Brasileiro

Pedro Henrique Soares Matias¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O Controle de Convencionalidade como Procedimento de Compatibilização Normativa. 3. O Controle de Convencionalidade em cotejo com o Controle de Constitucionalidade no Brasil. 3.1. O Controle de Convencionalidade Concentrado. 3.2. O Controle de Convencionalidade Difuso. 4. Efeitos do controle convencional. 4. Invalidez ou ineficácia da norma? 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No íterim do processo de internacionalização dos direitos humanos, o Brasil passou a assinar e a ratificar diversos tratados e convenções com fito de salvaguardar essas prerrogativas (Piovesan, 2013)², ao denotar ainda uma maior preocupação com a efetividade desses direitos, porquanto saiu-se de uma fase legislativa de acordos internacionais nessa seara, para uma etapa de implementação das garantias previstas.

Nesse cenário, o controle de convencionalidade exsurge como um instrumento interpretativo-integrativo de aferição da compatibilidade dos tratados com as normas de direito interno, ao se considerar que, se um acordo internacional é ratificado pelo Estado Brasileiro, transmuda-se em diploma nacional, estando as autoridades públicas, mormente o Poder Judiciário,

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Link de lattes: <http://lattes.cnpq.br/3504105425798791> Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-2072-6151>. E-mail: phenriquesmatias@gmail.com

² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

obrigado ao cumprimento das cláusulas avençadas; o que revela ainda a parcial superação entre as teorias monista e dualista do direito internacional.

Nada obstante, nem todas as normas oriundas de tratados de direitos humanos possuem *status* de norma constitucional, visto que, de acordo com o §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), somente as convenções aprovadas pelo mesmo procedimento das emendas constitucionais dispõem de natureza constitucional. Assim, toda norma seria passível de controle de convencionalidade, mas apenas algumas seriam objetos também de controle de constitucionalidade, caso o diploma de cotejo tenha sido recepcionado na forma de emenda.

Logo, o controle de convencionalidade impele que os órgãos do Poder Judiciário observem não só as normas erigidas pelo legislador pátrio, mas também aquelas oriundas das convenções de direitos humanos, ao passo que, além dos precedentes das cortes nacionais, deve-se atentar à jurisprudência dos Tribunais Internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)³, à qual a República Brasileira se vincula.

Contudo, não se pode olvidar que o exercício do controle de convencionalidade não prescinde da observância das normas processuais próprias do Brasil, pois, conforme já decidi

a Corte IDH no Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014), a jurisdição interamericana não impõe um modelo único de controle de constitucionalidade de convencionalidade.

Partindo-se dessa premissa, o presente estudo tem como problemáticas norteadoras: **a)** como compatibilizar o exercício do controle de convencionalidade com as normas processuais do controle de constitucionalidade? **b)** é possível falar em gradação do controle de convencionalidade? **c)** Quais os efeitos jurídicos do reconhecimento da inconvenção?

³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. **Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014**. San José, 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2024.

Por conseguinte, o artigo intenta evidenciar que o controle de convencionalidade pode se valer das balizas do controle de constitucionalidade, em atenção às normas processuais do direito brasileiro, a fim de averiguar ainda se é possível uma gradação do controle de convencionalidade, atendo-se, por derradeiro, às consequências jurídicas do reconhecimento da inconvenção.

Para tanto, realizar-se-á uma pesquisa teórica, de natureza qualitativa, com finalidade descritivo-explicativa, a partir de fontes bibliográficas oriundas de textos normativos, da jurisprudência dos Tribunais pátrios e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de textos doutrinários e artigos científicos.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO PROCEDIMENTO DE COMPATIBILIZAÇÃO NORMATIVA

O controle de convencionalidade está inserido no processo de internacionalização dos direitos humanos, haja vista a crescente necessidade de monitoramento do cumprimento das obrigações pactuadas pelos Estados-partes no cerne de diversos tratados internacionais, a fim de que esses instrumentos declaratórios de direitos não figurem como meras exortações, desprovidas de efeitos práticos. Assim, há um enfoque na efetivação dessas normas por parte dos países que, soberanamente, anuíram com o cumprimento dessas prerrogativas.

A despeito de haver delineamentos do que hoje se reputa como controle de convencionalidade ainda nos anos 1920, esse conceito é uma construção pretoriana oriunda de diversos julgamentos sobretudo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ao longo dos anos, órgão que é o guardião das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que entrou em vigor na República Federativa do Brasil a partir do Decreto n. 678/1992 (Brasil, 1992).

Segundo Sagüés (2010) ⁴o controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH vale-se das concepções de que: a) as obrigações internacionais devem ser cumpridas de boa-fé, ante o princípio *pacta sunt servanda*; b) não se pode invocar normas de direito interno para se descumprir disposições de direito internacional, em consonância com o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Ao se adentrar os precedentes da Corte Interamericana, dessume-se que uma das primeiras definições desse instituto aparece na sentença do Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, em que se consignou que o controle de convencionalidade consubstancia-se no dever dos juízes e tribunais internos, inseridos nos respectivos Estados-membros, de zelar para que as disposições da CADH não sejam obstaculizadas por normas de direito interno (Corte Idh, 2006)⁵.

O controle de convencionalidade erigido pela Corte Interamericana e encimado, entre outras disposições, no art. 2º do Pacto de San José⁶, não apregoa uma única sistemática para o exercício desse procedimento de compatibilização, já que, conforme o princípio da subsidiariedade/complementaridade⁷, que rege a atuação das Cortes Internacionais, é dever primário dos Estados-partes assegurar o cumprimento das normas convencionais, a partir dos mecanismos institucionais próprios; de modo

⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Año 8, n 1, 2010, pp. 117-136. ISS 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca. Disponível em: <<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2024.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentença de 24 de novembro de 2006. San José, 24 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

⁶ Art. 2º da CADH: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

⁷ Em termos do DIDH, pode ser entendido como o princípio que registra o papel complementar do direito internacional e das instituições no controle e assistência aos Estados no cumprimento das suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, mas que, ao mesmo tempo, reconhece a existência de uma ampla margem de manobra para os sistemas jurídicos nacionais definirem o âmbito e os mecanismos institucionais para o cumprimento dessas obrigações. DOMÍNGUEZ, Pablo González. **La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad**. **Estudios Constitucionales**, Año 15, n. 1, 2017, pp. 55- 98. Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca. p. 83, tradução livre.

que cabem aos órgãos internacionais supervisionar e auxiliar os países signatários na efetivação das obrigações pactuadas (Domínguez, 2017)⁸.

Nessa linha, no Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alforo y outros) vs. Perú*, com sentença exarada em 24 de novembro de 2006, o Tribunal Interamericano assentou que o Poder Judiciário, ao exercer o controle de convencionalidade das normas internas em face da Convenção Americana, inclusive *ex officio*, não obstante deva observar os parâmetros interpretativos definidos pela Corte IDH, possui autonomia para, com o fito de proceder ao exame da correspondência normativa, aplicar as regras processuais internas pertinentes, nos limites das competências previstas pelas constituições dos respectivos Estados-membros (Corte IDH, 2006).

Já no Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, com sentença exarada em 30 de janeiro de 2014, a Corte IDH, ao consignar que o controle de convencionalidade deve ser realizado por todas as autoridades estatais, já que esses agentes, “conforme suas respectivas competências e as regulamentações processuais correspondentes, devem exercer este tipo de controle, sendo também útil para o cumprimento de decisões do Tribunal Interamericano” (Corte IDH, 2014, p. 96). Logo, falar-se-ia em diversas intensidades do controle convencional, desde que resguardado o *effet utile* dos direitos humanos previstos no instrumento internacional.

Antes do caso supracitado, a discussão sobre os diferentes níveis de controle de convencionalidade já fora suscitada no voto do Juiz *ad hoc* Eduard Ferrer Mac-Gregor Poisot, no julgamento do Caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, no sentido de que, a depender do modelo do controle de constitucionalidade adotado pelo Estado-parte, pode haver gradação do controle convencional, mormente nos países que adotam o modelo misto de controle constitucional (Corte IDH, 2010)⁹.

⁸ DOMÍNGUEZ, Pablo González. La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, Año 15, n. 1, 2017, pp. 55- 98. Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Voto-Divergente do Juiz Ad Hoc** Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot em relação à Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, de 26 de novembro de 2010. Acesso em: 04 jan. 2025.

Por sua vez, a partir da incorporação de direitos humanos em diferentes cartas constitucionais, o controle convencional imbrica-se ao controle de constitucionalidade, ao se considerar que, se uma corte nacional aprecia questão sobre direitos humanos previstos tanto na carta constitucional quanto em um tratado internacional pactuado, também empreende um controle de convencionalidade reflexo, como será aprofundado nos tópicos subsequentes.

Esse panorama decorre de uma relação simbiótica entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, já que esse último passou a institucionalizar e a acompanhar diversos avanços no campo das relações internacionais (Marques Júnior, 2019)¹⁰, sobretudo porque já se deixou a fase de positivação desses direitos para uma etapa de busca pela implementação dessas prerrogativas (Cançado Trindade, 2017)¹¹.

A partir dessa explanação, dessume-se que o controle de convencionalidade não é apenas uma doutrina, mas representa um verdadeiro procedimento de compatibilização entre as normas interna e internacional¹², que deve observar parâmetros materiais, a exemplo de métodos interpretativos para a uma integração normativa acorde à dimensão protetiva dos direitos humanos; bem como aspectos processuais, porquanto, conforme os próprios precedentes do Tribunal Interamericano, o multicitado controle convencional não afasta a observância de regramentos próprios pelo Estado-parte, desde que esses não se transfigurem em meros entraves burocráticos.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL EM COTEJO COM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de se proceder a uma análise do controle de convencionalidade no Brasil, é necessário rememorar a hierarquia dos tratados de direitos

¹⁰ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Vladimir Herzog e outros versus Brasil: responsabilidade internacional do Estado e controle de convencionalidade. In: Gilmar Antonio Bedin; Maurides Batista De Macedo Filha. (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos II**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2019, v. 01, p. 27-47. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/q65xj7i6/EIAmriCQjc794uJ7.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2024.

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. – 2. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2017.

¹² A distinção entre norma interna/nacional e internacional é apenas didática, visto que, a partir do momento em que um tratado internacional passa a vigorar no âmbito pátrio, transmuta-se em diploma nacional.

humanos no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, a partir de 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, de relatoria p/ acórdão do Ministro Cunha Peixoto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados/convenções, ao serem ratificados, passam a ter o *status* de lei ordinária, de modo que a Lei Uniforme de Genebra (apreciada naquele caso) poderia ser modificada ou revogada por outro instrumento legal (Brasil, 1977)¹³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o §2º do art. 5º passou a prever que os direitos fundamentais elencados não excluiriam outros oriundos de tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Assim, em tese, todas as normas oriundas de acordos internacionais de direitos humanos seriam materialmente constitucionais. Contudo, à época não houve uma mudança de patamar hierárquico formal (Brasil, 1988)¹⁴.

Já a Emenda Constitucional (EC) 45/2004 acresceu o §3º ao art. 5º da CF/88, segundo o qual os tratados e as convenções de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o quórum de 3/5, terão o *status* de emenda constitucional, de modo que as normas insertas nos diplomas submetidos a esse escrutínio serão material e formalmente constitucionais (BRASIL, 2004).

Não obstante, somente no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP, em 03 de dezembro de 2008, que houve um *overruling* do entendimento outrora firmado pelo STF, a encetado pelo voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual, diante da abertura do Estado Constitucional para as ordens supralégais, reputar a equivalência de tratados com leis ordinárias não seria cabível, pois “a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa mudança de posição quanto ao papel dos

¹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinario no 80004/SE. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 01 de junho de 1977. Serviço de Jurisprudência. Brasília, 01 jun. 1977.

¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional” (BRASIL, 2009, p. 1160)¹⁵.

Assim, na apreciação desse RE, em conjunto com o RE n. 349.703¹⁶ com os *Habeas Corpus* n. 87.585 e n. 92.566, assentou-se que os tratados de direitos humanos dispõem de natureza supralegal, porque, ao passo que não são equiparáveis às leis ordinárias, por apresentarem um caráter especial de proteção da pessoa humana, tampouco podem afrontar a supremacia da Constituição.

É sobre esse panorama jurídico que o controle de convencionalidade brasileiro passa a se desenvolver, relevando uma temática ainda recente no Brasil, cuja abordagem doutrinária denota os desafios para a integração das disposições tratadistas ao direito interno, sobretudo quanto aos aspectos processuais necessários à arguição da (in)convencionalidade de determinada norma aplicável a cada caso concreto.

A incipiência da matéria no âmbito pátrio se aclara quando, apenas em 07/01/2022, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Recomendação n. 123, sugerindo que os juízes e tribunais brasileiros observem os tratados e as convenções de direitos humanos integradas ao ordenamento nacional, a jurisprudência da Corte IDH, além do exercício do controle de convencionalidade das leis internas; consignando ainda que se deve dar prioridade às demandas de reparação para as vítimas de violações de direitos humanos reconhecidas pelo Tribunal Interamericano (CNJ, 2022)¹⁷.

Diante desse cenário, em que o controle de convencionalidade ainda é exortado e não aplicado de forma peremptória, conforme o próprio termo “recomendação” evoca, o efetivo exercício desse procedimento de

¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário no 466.343-1, São Paulo. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Ementário No 2363-6. Brasília, 05.jun. 2009. p. 1106-1330. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 26 jan. 2025.

¹⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 379.269. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 24 de maio de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 jun. 2017.

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 123**, de 07 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 16 jan. 2024.

compatibilização normativa demanda a aplicação de aspectos do controle de constitucionalidade, sem descurar que, a despeito de todas as normas de direitos humanos serem materialmente constitucionais, nem todas o são formalmente, ante o disposto no §3º do art. 5º da CF/88.

Com o delineamento do controle de convencionalidade, doravante, toda lei está submetida a uma dupla aferição da compatibilidade vertical material, porquanto deve ser compatível com a Constituição e também com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Logo, a norma hierarquicamente superior implica na “eficácia paralisante” da norma inconstitucional/inconvencional (Mazzuoli, 2011).

Não se olvide que o controle de convencionalidade, a despeito de constituir um dever estatal, ante as obrigações internacionais pactuadas, não impede que as autoridades nacionais procedem a uma interpretação própria dos direitos humanos convencionais, sobretudo quando não houver jurisprudência da Corte Interamericana sobre a norma examinada (García Ramírez, 2011)¹⁸, desde que não se restrinja a dimensão protetiva do direito.

Dessarte, passa-se a analisar como o controle convencional pode ser exercido nas vias difusa e concentrada, enquanto instrumento prático de conformação interpretativo-normativa.

3.1 O Controle Concentrado de Convencionalidade

Acaso se proceda a um paralelismo puro entre o procedimento do controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade, *a priori* entender-se-ia que o primeiro só poderia ser exercício pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto órgão máximo de salvaguarda das disposições da Convenção Interamericana, ou por outra entidade internacional, judiciária ou quase-judiciária, que fosse precipuamente responsável pela interpretação de determinado convenção sobre essas prerrogativas.

¹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. Ius - **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla**, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011. p. 126.

Contudo, partindo-se do entendimento da própria Corte IDH, no sentido de que os Estados-partes da CADH são os principais garantidores da efetividade dos tratados, em razão do princípio da complementaridade, o controle de convencionalidade concentrado seria exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Isso porque, se o tratado de direitos humanos foi incorporado ao ordenamento interno na forma de emenda à Constituição, seguindo-se o rito do art. 5º, §3º, da CF/88, a norma convencional se transmuta em constitucional, sem diferenciação hierárquica.

Logo, havendo colisão de uma lei (*lato sensu*) com um acordo internacional que foi aprovado como emenda, como é o caso da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada internamente em 26/08/2009 (Decreto n. 6.949/2009), pode-se valer do controle direto perante o STF para questionar a convencionalidade e, por corolário, constitucionalidade de uma norma que, por exemplo, limitar o atendimento especializado a pessoas com deficiência quando da realização de concursos públicos.

Mazzuoli defende que o art. 102, I, “a”, da Carta Republicana, ao dispor que o STF, na condição de guardião da Constituição, é competente para julgar ações diretas de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade de ato normativo federal, autoriza que esses instrumentos também sejam empregados quando uma norma for reputada inconvenção, acaso de fato o seja, igualmente será inconstitucional, ou devê-lo-ia, na hipótese sobredita em que o tratado foi recepcionado na forma de emenda (Mazzuoli, 2011).

Dessa possibilidade, exsurgiria uma situação peculiar: em determinadas situações, mesmo que a norma objeto de controle não contrarie claramente a Constituição, o STF ainda sim poderia ser instado a se pronunciar sobre a convencionalidade do dispositivo, já que, se esse for analisado à luz de tratado de direitos humanos recepcionado como emenda, não haveria como negar a natureza constitucional da matéria.

Em seu turno, entendimento outro conduziria à conclusão de que, inobstante certos tratados gozem de natureza constitucional, só poderiam ser

paradigmas de controle de convencionalidade caso encontrassem respaldo textual literal na CF/88, desenhando um panorama jurídico em que haveria gradação de constitucionalidade ou mesmo normas constitucionais inconstitucionais, como lecionou o alemão Otto Bachoff.

Essa compreensão contraria a abertura tanto material que a própria Constituição consigna, ao prever no art. 5º, §2º, que não são apartados outros direitos oriundos de tratados; quanto à formal, atinente à recepção de acordos internacionais com o mesmo *status* das emendas; ao comprometer ainda o emprego de meios processuais para a conformação da legislação interna à paradigma diretamente perante a Suprema Corte.

Nessa senda, apesar da ausência de previsão de instrumentos próprios para o exercício do controle de convencionalidade, não se vislumbra óbice para que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sejam manejadas, em observância ao rol de legitimados do art. 103 da CF/88, para se aferir a convencionalidade de disposição normativa interna com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional. (Mazzuoli, 2011).

Fala-se também no cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), conforme previsão do art. 103, §2º, da Constituição, a fim de se questionar a ausência de uma lei interna que impeça a efetividade de prerrogativas previstas em tratados formalmente constitucionais. Nesse caso, o controle de convencionalidade não seria apenas um instrumento jurisdicional de conformação normativa, mas também instigaria a atuação de outros agentes públicos em prol da consecução de direitos humanos, como sempre salienta o Tribunal Interamericano, já que, nos termos do art. 12-H, da Lei n. 9.868/1999, acaso declarada a inconvenção por omissão, o poder competente será cientificado para a adoção das providências pertinentes (Brasil, 1999)¹⁹

¹⁹ Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

3.2 O Controle Difuso de Convencionalidade

O controle de convencionalidade difuso, assim como o controle de constitucionalidade em igual modalidade, é aquele que pode ser exercido por qualquer Magistrado singular quando, em apreciação a um caso concreto, verificar incidentalmente que determinada norma, elaborada pelo legislador pátrio, mostra-se axiologicamente incompatível com a disposição de um tratado de direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro, ou com a interpretação da Corte Interamericana acerca do direito em lume.

Como consignou o Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no supracitado caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, o controle de convencionalidade difuso está profundamente enraizado na doutrina do controle de constitucionalidade, em razão da Internacionalização do Direito Constitucional, de modo que os mecanismos de salvaguarda de direitos fundamentais são transplantados para se garantir a efetividade dos direitos humanos consagrados em tratados (Corte IDH, 2010).

Assim, o controle difuso converte o juiz nacional em um juiz interamericano, de modo que lhe cabe ser o primeiro guardião não apenas da Convenção Americana, mas também dos protocolos adicionais, além de outros instrumentos internacionais pactuados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Esse fenômeno envolve a criação de uma cultura de aceitação do caráter *jus cogens* dos direitos humanos no âmbito nacional, a partir de reformas estatais que permitam o maior influxo do direito internacional na seara constitucional, em uma perspectiva de diálogo interjurisdicional (Corte, IDH).

No caso brasileiro, como existem tratados internacionais de natureza supralegal e outros de caráter constitucional, considera-se que ambos podem ser objeto do controle de convencionalidade difuso, contudo, somente os segundos são suscetíveis do controle convencional, porquanto são material e formalmente constitucionais.

Nesse jaez, o controle convencional na via difusa viabiliza o procedimento de compatibilização normativa aos diferentes agentes do

sistema de justiça, nas distintas instâncias, pois, qualquer cidadão, com a devida representação processual, pode arguir a convencionalidade de uma norma em face de uma convenção de direitos humanos, sobretudo aquelas de natureza constitucional, cuja conformação normativa pode ser arguida incidentalmente até o STF, o que seria obstado a qualquer cidadão na modalidade concentrada.

Na prática forense, caberá à parte arguir, em sede de prejudicial de mérito, a inconvenção da norma, pois, se essa assim for considerada pelo juízo de 1º grau, não poderá servir de substrato ao quadro fático em apreço, independentemente se a demanda apresentar contornos cíveis, penais ou administrativos.

Não obstante Valério Mazzuoli consigne que se trata de questão preliminar²⁰, entende-se que a classificação como prejudicial se adequa melhor à técnica processual, visto que a questão convencional será analisada pelo julgador como anteposto lógico do aspecto meritório, valendo-se das premissas aplicáveis ao controle constitucional (Pinho, 2000)²¹. Assim, trata-se de aspecto que influi no modo de ser do mérito (Redondo, 2015)²².

Entretanto, por vezes, as questões preliminares e de mérito entremeiam-se quando da apreciação do controle de convencionalidade, a exemplo do que ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* n. 379.269/MS, em 24 de maio de 2017, em que a Terceira Seção Superior Tribunal de Justiça, ao discutir se o tipo penal do desacato se afigurava convencional,

²⁰ Se o controle concentrado de convencionalidade é feito perante o STF por via de ação direta, o controle difuso de convencionalidade deve ser levantado, nos casos concretos *sub judice*, como questão preliminar, devendo o juiz da causa (tal como faz no controle difuso de constitucionalidade) analisar essa matéria antes do mérito do pedido principal. Mazzuoli, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância. **Rev. Ministério Público**, Rio de Janeiro, RJ (11), 2000. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2823790/Humberto_Dalla_Bernardina_de_Pinho.pdf>. Acesso em 25 jan. 2025.

²² REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 43-67, out. 2015.

fez considerações acerca da dimensão dos fatos dispostos na denúncia (Brasil, 2017)²³.

Ainda que, no caso sobredito, precisasse-se adentrar alguns aspectos meritórios para análise de conformação do tipo penal, é crucial que o controle de convencionalidade em regra seja laborado como prejudicial de mérito ou questão de ordem, sob pena de facultar uma análise casuística da convencionalidade, a depender do contexto fático, de modo que a aferição da convencionalidade é um juízo de prelibação fundado na axiologia do sistema jurídico, doravante orientado por balizas do direito internacional.

Em seu turno, para que a inconvenção seja arguida perante o segundo grau de jurisdição, deverá se instaurar o pertinente incidente, valendo-se, de forma analógica, do procedimento inserto no art. 948 e ss. do CPC, atinente ao incidente de arguição de inconstitucionalidade. Acolhido o incidente, esse deverá ser remetido ao órgão especial do pleno do tribunal, em observância à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/99 e na Súmula Vinculante 10 do STF, garantindo-se um debate mais amplo acerca da matéria, bem como maior segurança jurídica.

4 EFEITOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: INVALIDADE OU INEFICÁCIA DA NORMA?

Assim como nos casos de controle de constitucionalidade, o reconhecimento da inconvenção na via difusa deverá acarretar efeitos *inter partes*, ao passo que, se a norma for reputada inconvenção pela via concentrada, o efeito será *erga omnes*. Ressalta-se que, se o descompasso com a norma tratadista for realizado pelo STF, de maneira difusa, os efeitos entre partes podem ser estendidos perante todos, acaso se aplique analogicamente o

²³ Vide excerto do voto do Ministro Rogério Schietti: Pelo menos neste momento – ainda mais em um *habeas corpus*, dada a dificuldade de termos a exata dimensão dos fatos ocorridos –, eu não iria tão longe para afirmar que o crime de desacato não mais integra o ordenamento jurídico penal brasileiro, por conta de, repito, relatórios ou informes da Comissão e de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que não tiveram o Brasil como parte e não trataram da situação fática idêntica à que foi versada neste *habeas corpus*.

art. 52, X, da CF/88, atinente à prerrogativa do Senado Federal de suspender a execução de norma declarada inconstitucional²⁴.

Como cediço, quanto aos efeitos jurídicos do controle de constitucionalidade, adota-se a teoria norte-americana, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade de determinado dispositivo lhe extirpa a validade, já que esse é nulo de pleno direito, perdendo-se, por conseguinte, a eficácia. Logo, mesmo que existente e vigente, a norma inválida não se prestaria a gerar os efeitos jurídicos para os quais foi criada, seja porque houve não observou o devido processo legislativo, seja porque mostra-se materialmente contrária ao sistema jurídico.

O mesmo ocorre em relação às normas considerada inconvenções, as quais, por incompatíveis com os tratados de direitos humanos, são inválidas, ainda que não sejam formalmente revogadas, como convergem Mazzuoli (2011), García Ramirez (2011), Rosa (2015) e Gussoli (2020)²⁵. Então, independentemente se a norma for anterior ou posterior à vigência do tratado, seja esse de caráter supralegal ou constitucional, o diploma que a comporta será ab-rogado ou derogado tacitamente, caso não haja lei revogadora ou modificadora.

No entanto, há reticência por parte dos tribunais nacionais quanto ao reconhecimento de invalidade de uma norma interna em relação aos tratados internacionais, sobretudo quando a antinomia se dá em relação à própria Constituição Federal. Isso porque, no julgamento do RE 466.343/SP, que sedimentou o *status* supralegal das convenções de direitos humanos, o STF, conquanto tenha reconhecido que os acordos sobre estão situados apenas abaixo da Constituição, considerou que o inciso LXVII do art. 5º da CF/88, prevendo a excepcionalidade da prisão civil do depositário infiel, não mais se compatibiliza com o texto constitucional, o que fez em cotejo com

²⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

²⁵ GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 24, n. 53, jan./abr. 2020.

o art. 7º, 7, do Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual ninguém será detido por dívida, ressalvada aquela oriunda de obrigação alimentar²⁶.

Nessa senda, o Supremo consignou que, embora o dispositivo supra não tenha sido revogado após a aderência do Brasil à Convenção Americana, deixou de ter aplicabilidade ante a “efeito paralisante” dos tratados de direitos humanos quanto à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Brasil, 2008²⁷). Ora, se a norma hierarquicamente inferior encontrava supedâneo no texto constitucional, houve, em verdade, um controle de convencionalidade da própria Constituição (Pacheco, 2016)²⁸, de modo que, independentemente da nomenclatura destinada ao fenômeno, o efeito paralisante de um tratado é consectário lógico da verificação da invalidade, anterior ou superveniente, da norma cotejada, seja essa constitucional ou infraconstitucional.

De qualquer modo, como o controle de convencionalidade é um procedimento interpretativo-integrativo, nem sempre será exercido a partir da resolução de antinomias, com prevalência de uma norma sobre outra, já que nada impede que a norma interna seja interpretada pelas cortes conforme as disposições do tratado, em observância ao princípio *pro homine/pro persona*, o qual, como vetor hermenêutico, deve inclinar o operador do direito à interpretação mais ampla quando se tratar de proteção de direitos, e à mais restritiva na hipótese de limitação de prerrogativas (Aparício González, 2019)²⁹.

Outra discussão relevante acerca dos efeitos do controle convencional é pertinente à dimensão temporal da declaração de inconvencionalidade. Isso

²⁶ Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário no 466.343-1, São Paulo. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Ementário No 2363-6. Brasília, 05 jun. 2009. p. 1106-1330. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 26 jan. 2025

²⁸ PACHECO, Pablo Viana. Normas constitucionais inconventionais. 2016. 229 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, 2016.

²⁹ APARICIO GONZÁLEZ, Héctor Martiniano Principio ‘pro persona’, como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos. **Ius Comitialis**, vol. 2, núm. 4, 2019, Julio-Diciembre, pp. 70-92. Universidad Autónoma del Estado de México. DOI: <<https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v2i4.12480>>. Disponível em: <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/view/12480/10539>>. Acesso em: 27 jan. 2025.

porque haverá casos em que os efeitos serão *ex nunc* ou *ex tunc* - já se inserindo propriamente no âmbito da eficácia -, pois, mesmo que determinados atos tenham sido feitos em dissonância da norma tratadista, o retorno ao *status quo ante* é impossível/improvável ou potencialmente mais lesivo ao direito humano que se vise tutelar, exigindo-se uma modulação de efeitos.

Como a Corte IDH ainda não possui entendimento consolidado acerca dessa questão dos efeitos temporais da invalidação normativa, não há óbice para que o Supremo, em sede de controle concentrado de convencionalidade, adote analogicamente o disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/1999³⁰, em prol da segurança jurídica (Gussoli, 2015), sobretudo porque, como dito, o Estado é o responsável primevo pela interpretação dos tratados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa objetivou avaliar como o controle de convencionalidade pode ser instrumentalizado no Brasil, aplicando-se as disposições acerca do controle de constitucionalidade na Constituição Federal e nos diplomas infraconstitucionais. Assim, considerando que a aferição da compatibilidade entre a norma nacional e a norma internacional é um procedimento novo, oriundo de uma construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos – à jurisdição do qual o Brasil se submete -, mostrou-se essencial evidenciar como esse instrumento integrativo-interpretativo amolda-se às regras do ordenamento jurídico brasileiro. Isso pois, conforme evocam os precedentes da Corte IDH, o controle convencional deve ser exercido com base nos aspectos processuais de cada Estado- membro, nos limites das competências de cada autoridade pública.

Verificou-se que o exercício do controle ainda é incipiente no país, sobretudo porque, a despeito de ser um tema laborado pela doutrina há quase 2 (duas) décadas, apenas em 2022 o CNJ editou uma recomendação

³⁰ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

aos tribunais e juízes nacionais que procedam à aferição da compatibilidade normativa das leis internas em relação aos tratados internacionais pactuados pelo Estado brasileiro, alguns dos quais apresentam natureza constitucional, porquanto integralizados ao ordenamento pátrio pelo rito do §3º do art. 5º da CF/88.

Nessa linha, a despeito de se entender que o controle de convencionalidade não necessita de um diploma regulamentador para ser exercido, porquanto decorre de um procedimento lógico de compatibilidade sistêmica, a ausência de um maior norte jurisprudencial para tanto compele o operador do direito ao emprego das disposições do controle de constitucionalidade.

A partir das balizas do controle de constitucionalidade, pode-se falar em controle de convencionalidade por duas vias: **a)** concentrada, em que caberia ao STF apreciar a convencionalidade de normas que conflitassem com tratados de direitos humanos incorporados como emendas constitucionais, por meio de ações constitucionais clássicas, como ADI, ADC, ADPF e ADO, observando ainda a legitimidade de propositura; **b)** difusa, em que qualquer cidadão, de forma incidental, pode arguir a inconvenção da norma, como prejudicial de mérito junto ao juízo singular, e como incidente perante o segundo grau de jurisdição, nesse último devendo-se atentar à cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF/88), sem prejuízo da cognição pelos Tribunais Superiores.

Se o controle convencional for feito difusamente, os efeitos se limitarão às partes, salvo se, por essa via, o STF reputar a norma inconvenção e comunicar ao Senado Federal, o qual poderá suspender os efeitos da norma em descompasso com o tratado, perante todos. Já o controle concentrado invariavelmente reverberará em efeito *erga omnes*, implicando, em caso de reconhecimento da inconvenção, na invalidação da norma e consequente perda da eficácia, ainda que o dispositivo nulo remanesça vigente.

Entretanto, ainda há reticência quanto ao reconhecimento da invalidade da norma inconvenção, já que o STF considera que, em razão

da supralegalidade da maioria dos tratados de direitos humanos, esses exercem “efeito paralisante” sobre as normas que lhes forem incongruentes, o qual só se opera se houver um pressuposto de nulidade jurídica, independentemente da nomenclatura que se adote.

Outrossim, o controle de convencionalidade, longe de representar uma “intimidação” à soberania nacional, decorre da própria anuência do Estado brasileiro com as obrigações internacionais na seara dos direitos humanos, cujo cumprimento se insere na dimensão da boa-fé objetiva. Logo, nada impede que as autoridades nacionais, em especial membros do judiciário, procedam à interpretação própria de normas de direitos humanos, quando não houver diretrizes principiológicas pela Corte IDH, colmatando o procedimento de compatibilização normativa à práxis forense nacional.

Por conseguinte, o exercício do controle convencional pode ser graduado em atenção às normas processuais brasileiras, como a questão da legitimidade para o controle concentrado e a observância da cláusula de reserva de plenário no controle difuso pelos tribunais, sem que isso represente um entrave burocrático à compatibilização normativa, pois é um meio de integração do procedimento ao ordenamento brasileiro, observando-se as mesmas balizas jurídicas aplicáveis a tutela de direitos fundamentais aos direitos humanos, cuja distinção é cada vez mais tênue.

De qualquer modo, ainda que os juízes nacionais possam realizar o controle de convencionalidade *ex officio*, é fundamental que os operadores do direito arguam a questão nas diferentes instâncias, a fim de que os órgãos jurisdicionais sejam obrigados a se manifestar sobre a compatibilidade ou não de determinadas normas com os instrumentos internacionais, ante o que apregoa o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB³¹); para que, somente assim, haja precedentes qualificados sobre o controle de convencionalidade, em prol da efetividade prática dos direitos humanos reconhecidos pelo Estado brasileiro.

³¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

REFERÊNCIAS

APARICIO GONZÁLEZ, Héctor Martiniano Principio ‘pro persona’, como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos. **Ius Comitiãlis**, vol. 2, núm. 4, 2019, Julio-Diciembre, pp. 70-92. Universidad Autónoma del Estado de México. DOI: <<https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v2i4.12480>>. Disponível em: <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/view/12480/10539>>. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro/RJ: Presidência da República. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 06 nov. 1992. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=1.-,Toda%20pessoa%20tem%20o%20direito%20de%20que%20se%20respeite%20sua,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm . Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário no 80004/SE. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 01 de junho de 1977. Serviço de Jurisprudência. Brasília, 01 jun. 1977. Disponível: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105783/false> . Acesso em: 28 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário no 466.343-1, São Paulo. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Ementário No 2363-6. Brasília, 05.jun. 2009. p. 1106-1330. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> . Acesso em: 26 jan. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 379.269. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 24 de maio de 2017. Brasília, 30 jun. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603035423&dt_publicacao=30/06/2017 . Acesso em: 27 jan. 2025.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. – 2. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 123**, de 07 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305> > . Acesso em 16 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em: < <https://www.cnj.jus> > .

br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf . Acesso em 12 dez. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.** Sentença de 24 de novembro de 2006. San José, 24 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Voto-Divergente do Juiz Ad Hoc** Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot em relação à Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, de 26 de novembro de 2010. Acesso em: 04 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. San José, 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf> . Acesso em 15 dez. 2024.

DOMÍNGUEZ, Pablo González. La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad. **Estudios Constitucionales**, Año 15, n. 1, 2017, pp. 55- 98. Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Ius - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla**, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011. p. 126.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 24, n. 53, jan./abr. 2020.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Vladimir Herzog e outros versus Brasil: responsabilidade internacional do Estado e controle de convencionalidade. In: Gilmar Antonio Bedin; Maurides Batista De Macedo Filha. (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos II**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2019, v. 01, p. 27-47. Disponível em: <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/q65xj7i6/ElAmriCQjc794uJ7.pdf> . Acesso em 08 ago. 2024.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. - 2 ed., ver., amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACHECO, Pablo Viana. Normas constitucionais inconventionais. 2016. 229 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância. **Rev. Ministério Público**, Rio de Janeiro, RJ (11), 2000. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-11/artigo-das-pags-151-159> . Acesso em 25 jan. 2025.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalid. **Estudios Constitucionales**, Año 8, n 1, 2010, pp. 117-136. ISS 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile –

Universidad de Talca. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 43-67, out. 2015.

ROSA, Filipe Torri da. Aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – **Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília**, Brasília, 2015.

Reclamação Constitucional em Matéria de Pejotização Trabalhista

Rafael Henrique Dias Sales¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O disciplinamento da reclamação constitucional no CPC de 2015 e no RISTF. 3. A pejotização em matéria trabalhista. 4. A terceirização: histórico e sua diferenciação com a pejotização. Posicionamento do STF sobre a matéria e a lawfare praticada em face de direitos sociais. 5. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A reclamação constitucional, como leciona Garbulha(2022, p. 12)², é um instituto genuinamente brasileiro, com origem jurisprudencial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, e teve inspiração na aplicação da teoria dos poderes implícitos, desenvolvida no direito norte-americano. Em suma, ela surgiu pela necessidade de um mecanismo de preservação da competência da Corte Superior, impedindo sua usurpação, garantindo a autoridade de suas decisões, que não devem ser ignoradas ou descumpridas pelas instâncias inferiores.

¹ Advogado. Doutorando e Mestre pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Link de Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7977530075888835> Link de Orcid: Segue link Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-5592-5268> E-mail: rafaelsalles@yahoo.com.br

² GARBULHA, Marcela Ribeiro de Magalhães. Reclamação constitucional e recurso especial repetitivo: instrumento para garantia da autoridade de precedentes vinculantes. 2022. 88 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – **Universidade de Brasília**, Brasília, 2022.

Ensina Xavier (2015, p. 12)³ que a ideia básica por trás da teoria dos poderes implícitos é essencial para o desenvolvimento do Estado, argumentando que às competências deferidas constitucionalmente são ínsitos os poderes, meios ou instrumentos necessários para sua efetivação.

De forma direta, o autor sustenta que quando a Constituição atribui a determinado órgão uma competência, ela também confere, ainda que de forma implícita, os poderes para que esta competência possa ser exercitada.

Conforme destaca Mendes (2006, p. 23)⁴, existem quatro fases históricas da reclamação constitucional no Brasil, sendo a primeira com seu surgimento no STF, através da aplicação da teoria dos poderes implícitos, indo até 1957; a segunda vai de 1957 até a sua positivação infralegal no Regimento Interno do STF, portanto, até 1967; a terceira inicia-se com a inserção na Constituição Federal de 1967 da possibilidade do STF estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso” ; e a quarta e última fase teve início com a Constituição Federal de 1988, que também traz em seu bojo, de forma direta e explícita, a reclamação constitucional.

Assim, hoje, há previsão expressa da competência originária do STF (art. 102, I “l”, CF/88), Superior Tribunal de Justiça - STJ (art. 105, I “f”, CF/88) e com a Emenda Constitucional – EC 92/2016, do Tribunal Superior do Trabalho - TST, através da inclusão do parágrafo 3º do art. 111-A, da CF/88, para julgar as reclamações em seus respectivos âmbitos. Contudo, quando se fala em reclamação constitucional, nos moldes que são abordados neste texto, está sendo tratado das reclamações de competência do STF, pois são àquelas reclamações por descumprimentos de julgamentos da Corte na interpretação do texto constitucional.

Vale destacar que, para além do Regimento Interno do STF, a reclamação constitucional está disciplinada atualmente nos artigos 988 e

³ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado) – **Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 2015.

⁴ MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. **Revista Direito Público**, n. 12, 2006.

seguintes do Código de Processo Civil de 2015, que revogou dispositivos da Lei 8.038/1990, que anteriormente regulamentava a matéria. Assim, para entender as hipóteses de cabimento, bem como o tramite a ser seguido, é indispensável analisar as regras constantes na Lei Adjetiva Civil. No tópico seguinte, será feita esta análise, para na sequência ser adentrado ao campo das reclamações constitucionais em matéria de pejotização trabalhista.

2 O DISCIPLINAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CPC DE 2015 E NO RISTF

O art. 988 do CPC/2015 estabelece que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Em termos gerais, o CPC (art. 988, § 1º) autoriza que a reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. A reclamação deve ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal (art. 988, § 2º). Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível (art. 988, § 3º). O texto adjetivo civil reforça que as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam (art. 988, § 3º).

Na sequência, o art. 890 do CPC estabelece as hipóteses em que é inadmissível a reclamação, enumerando as seguintes situações: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário

ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação (art. 988, § 6º).

Logo que despachar a petição da reclamação, o relator: I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável; III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação (art. 989).

Vale destacar que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 990). Na reclamação que não houver formulado, o Ministério Público terá vista do processo por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações e para o oferecimento da contestação pelo beneficiário do ato impugnado (art. 991). Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia (art. 992). Por fim, o presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 993).

Já no âmbito do STF, a matéria é disciplina nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno – RISTF, em tópico denominado “Da Reclamação”. No RISTF, o art. 156 estabelece que caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões. Em seu parágrafo único, estabelece que a reclamação será instruída com prova documental. Na sequência, o Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de cinco dias (art. 157).

O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal (art. 158). Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante. (art. 159). Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao

Procurador-Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada (art. 160). Julgando procedente a reclamação, o art. 161 informa que o Plenário ou a Turma poderá: I –avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência; II – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; III – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição. Já em seu parágrafo único, estabelece que o relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. Por fim, o art. 162, informa que o Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

De todos estes dispositivos, talvez o que cause mais preocupação no âmbito da competência da Justiça do Trabalho em matéria de pejotização, seja o parágrafo único do art. 161, pois este dispositivo tem sido utilizado para fundamentar decisões monocráticas que têm cassado de forma sumária decisões da Justiça do Trabalho, sem sequer ser oportunizado o contraditório. Em muitos desses casos, na maioria inclusive, a parte que estava vencendo o processo trabalhista é surpreendida com uma certidão de trânsito em julgado, do procedimento no STF, para o qual ela nunca fora notificada, isso sob a justificativa de que a decisão cassada tratava sobre objeto de jurisprudência consolidada do STF.

Como será abordado em tópicos seguintes, a preocupação é muito mais sobre a forma do que com relação ao conteúdo, pois tem sido utilizada, na concepção do autor deste capítulo, bem como de muitos doutrinadores, inclusive ministros do próprio STF, precedentes que não deveriam ser utilizados como parâmetros, tendo em vista que não tratam diretamente de pejotização, mas sim de terceirização, que embora possam se aproximar em alguns momentos, são matérias absolutamente distintas, o que, por consequência, tem causado preocupações e efetivos prejuízos há vários jurisdicionados brasileiros, em especial aos trabalhadores.

3 A PEJOTIZAÇÃO EM MATÉRIA TRABALHISTA

A pejotização em matéria trabalhista, nas palavras de Porto e Vieira (2019, p. 53-54)⁵, consiste na contratação de trabalhador subordinado como sócio ou titular de pessoa jurídica, visando mascarar vínculo empregatício por meio da formalização contratual autônoma, em fraude à relação de emprego. Os autores destacam ainda que daí decorre o neologismo *pejotização*, no sentido de transformar artificialmente um verdadeiro empregado em uma pessoa jurídica.

Em termos práticos, na lida diária da advocacia na seara laboral, é possível se deparar com as mais diversas situações, algumas com tênues linhas entre um verdadeiro contrato com uma empresa autônoma, mas outras que não deixam qualquer margem de dúvida, em uma clara fraude trabalhista. Ao longo dos anos, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, e em efeito cascata de toda Justiça do Trabalho, se consolidou no sentido de afastar o contrato com a pessoa jurídica, declarando a sua nulidade, e reconhecendo o vínculo de emprego, todas as vezes que presentes os seus quatro requisitos: onerosidade, habitualidade, pessoalidade e subordinação.

Em consequência do reconhecimento, há determinação da assinatura da CTPS e o pagamento das verbas decorrentes, em especial FGTS, 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e demais parcelas com natureza salarial, referente aos últimos 5 anos de contrato, em razão da prescrição constante no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Esse reconhecimento de vínculo acaba sendo muito oneroso para as empresas, que buscam segurança jurídica através de um contrato de prestação de serviços, mas se confiam apenas em sua formalização, sem se preocupar se a relação é de fato de emprego ou não.

⁵PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês . A “pejotização” na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 80, p. 52-77, jul. 2019. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/162073> . Acesso em: 02 fev. 2025.

Alguns exemplos muito comuns de pejotização ocorrem nas áreas da saúde, desde médicos, fisioterapeutas, entre outros profissionais, até o caso de altos gerentes administrativos e executivos de grupos empresariais. O argumento empresarial, acolhido por muitos desses profissionais, é de que irão economizar nos tributos, pois tanto empresa pagará uma carga tributária e trabalhista a menor, quanto o trabalhador poderá recolher menos imposto de renda através de uma pessoa jurídica. Todavia, geralmente ao final da relação desgastada, o(a) trabalhador(a) se dá conta de que “abre mão” de uma série de direitos, e que pode requerer esses direitos na Justiça do Trabalho, em especial com base no art. 9º da CLT, que estabelece ser nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos no diploma legal.

Nesse contexto, situações em que há um contrato de prestação de serviços com uma pessoa jurídica, mas a pessoa jurídica presta serviços exclusivos para a contratante, a pessoa jurídica contratada não tem empregados, sendo a prestação de serviços feita exclusivamente pelo sócio (pejotizado), que em muitos casos presta serviços de segunda a sexta, as vezes até com obrigação de realizar o registro de ponto, acabam demonstrando que na verdade a relação é de emprego, devendo ser submetida ao regime celetista.

Isso decorre da aplicação do princípio da primazia da realidade, muito difundido no processo do trabalho, segundo o qual a verdade formal produzida por documentos pode ser afastada pela verdade real, produzida em especial por depoimentos e outras provas documentais que afastem a realidade retratada no contrato escrito de prestação de serviços.

Como já dito antes, embora a jurisprudência da Justiça do Trabalho tenha se consolidado nesse sentido, uma grande reviravolta vem ocorrendo nos últimos anos, em especial no âmbito do STF, que tem cassado decisões da Justiça do Trabalho, através de reclamações constitucionais, sob o pretexto de desrespeitarem o entendimento do STF na ADPF 324 e tema em Repercussão Geral 725, que declarou ser constitucional a terceirização irrestrita dos serviços de qualquer empresa. O problema, contudo, é que

a decisão dita desrespeitada não tratou do tema pejotização, mas sim de terceirização, matérias que podem se aproximar em alguns poucos aspectos, mas que no geral caminham bem distantes uma da outra, conforme será demonstrado a seguir.

4 A TERCEIRIZAÇÃO: HISTÓRICO E SUA DIFERENCIAÇÃO COM A PEJOTIZAÇÃO. POSICIONAMENTO DO STF SOBRE A MATÉRIA E A LAWFARE PRATICADA EM FACE DE DIREITOS SOCIAIS

O fenômeno da terceirização chegou ao Brasil no final da década de 1960 e foi se intensificando a partir da década de 1980, se manifestando de início na Administração Pública, através do Decreto-Lei nº 200/67, art.10º, § 7º, o qual tinha como propósito enxugar a máquina estatal em atividades executivas, passando na sequência a também permear a iniciativa privada, (Dutra e Matos, 2019)⁶.

No setor privado, com a globalização do comércio e expansão dos modelos de terceirização, a partir da década de 1970 em diante, enxergou-se a oportunidade de redução de despesas e aumento de produtividade, podendo focar nas principais áreas produtivas das empresas. (Biavaschi e Droppa, 2014)⁷.

No âmbito da CLT, a figura da terceirização surgiu, inicialmente, através da possibilidade do contrato de empreitada, previsto no art. 455, contudo, a figura do instituto jurídico da triangulação de contratação no setor privado, somente ocorre com a publicação da lei 6.019/74, que regulamentava o trabalho temporário. (Biavaschi e Droppa, 2014).

⁶ DUTRA, Renata Queiroz; MATTOS, Bianca Silva. A terceirização, o STF e o estado de exceção. **Teoria jurídica contemporânea**, v. 4, n. 2, p. 225-249, 2019. Disponível em <https://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2020/01/Dossi%C3%AA-Completo.pdf>. Acesso em 02 fev. 2025.

⁷ BIAVASCHI, Magda Barros.; DROPPA, Alisson. A dinâmica da regulamentação da terceirização no Brasil: as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, os projetos de lei e as decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Política e Trabalho**, v. 41, p. 121-145, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/politicaetrabalho/article/view/21273>. Acesso em: 02 fev. 2025.

Freitas, Carmo e Sales (2024)⁸ enfatizam que no fenômeno da terceirização há sempre uma triangulação, não sendo, portanto, uma contratação bilateral, como ocorre, por exemplo, com o empregado e o empregador, ou, como no caso da pejotização, entre o contratante e a suposta empresa contratada. Na terceirização, necessariamente há pelo menos duas pessoas jurídicas e um trabalhador, existindo assim a figura do tomador de serviço, do empregador prestador do serviço e do próprio empregado.

Neste ponto, já se percebe uma importante diferença entre terceirização e pejotização, pois na segunda não há a figura do empregado, mas tão somente as duas empresas (contratante e pejotizado).

Voltando ao histórico da terceirização, com a possibilidade de contratação trilateral, a iniciativa privada começou a ampliar as possibilidades de terceirização, tendo havido, como consequência, uma ampliação de demandas judiciais sobre a matéria. Dentro desta lógica, o TST editou primeiramente a Súmula 256, que vetava a terceirização fora das atividades e ramos econômicos já dispostos na legislação. (Biavaschi e Droppa, 2014). Na sequência, o TST editou a Súmula 331, que autorizava a terceirização em atividades de limpeza, e deixando a porta aberta para terceirizações nas chamadas atividades meio, ou seja, àquelas atividades que não estão vinculadas diretamente a atividade principal da empresa (atividade fim).

Com a edição da Súmula 331 do TST, a jurisprudência passou a uniformizar a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador de serviços, sempre que ficasse constatada a ocorrência de fraude ao direito do trabalho, podendo ainda haver a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

Desde a primeira versão da Súmula, tanto entidades públicas quanto empresas privadas passaram a recorrer ao STF, visando alterar o entendimento construído no âmbito do TST. A mais acentuada mudança veio com a

⁸ FREITAS, Serzedela Facundo Araújo de; CARMO, Valter Moura do; SALES, Rafael Henrique Dias. Os desafios dos direitos sociais do trabalho frente a decisão de terceirização irrestrita pelo STF: análise da ADPF 324/DF. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 31., 2024, Brasília. Anais eletrônicos [...]. Brasília: CONPEDI, 2024. p. 103-122. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/123282p8/ihsb89n8/WE1e9aKBO90JcFEC.pdf>.

ADPF 324 e o tema em Repercussão Geral 725, que estabeleceu: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”.

Vale lembrar que no período de 1990 à 2014, foram apresentados vários recursos extraordinários ao STF contra a Súmula 331 do TST, em que visava-se legitimar a terceirização nas atividades fim, sob o argumento de que a Súmula 331 do TST seria inconstitucional, contudo, o STF, nesse período, sempre entendeu que a matéria seria infraconstitucional e que os órgãos competentes para discutir a temática eram os Tribunais Trabalhistas, (Coutinho, 2020)⁹.

A partir de 2014 o cenário passou a mudar, primeiro no Recurso Extraordinário nº 713.211/MG e posteriormente na ADPF 324/DF em 2018, quando o STF consolidou o entendimento do tema em Repercussão Geral 725, já acima transcrito.

No julgamento da ADPF 324/DF, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, defendeu que era necessário ao direito do trabalho e aos movimentos sindicais adaptação às novas tecnologias, que a decisão iria favorecer o desenvolvimento econômico, gerando assim mais postos de trabalho e mantendo os empregos já existentes. Ademais, argumentou que a terceirização não implicava redução de custos ou barateamento da mão de obra, muito menos resultando em precarização das relações de trabalho, argumentando, ainda, que a terceirização irrestrita encontra fundamento no princípio constitucional da livre iniciativa. Por fim, fez questão de frisar que as decisões dos Tribunais Trabalhistas sobre a matéria eram infundadas e sem embasamento legal, promovendo retração da economia. (Dutra e Mattos, 2019).

Mas qual a relação dessa temática sobre terceirização com a pejotização e as reclamações constitucionais? Traçado esse panorama, é necessário destacar

⁹ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O STF como justiça política do capital: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal (2007-2020). 645 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, **Universidade Federal de Minas Gerais**, 2020.

que a tese firmada pelo STF de terceirização irrestrita também apontou para a terceirização de qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas, o que abriu margem para questionamentos de decisões da Justiça do Trabalho sobre o reconhecimento de vínculo de emprego em casos de fraude à relação de emprego, o que vem gerando uma grande onda de ajuizamentos de Reclamações Constitucionais no STF, precarizando institutos até então consolidados no âmbito do direito laboral (Grillo e Pessanha, 2023)¹⁰.

Como destacam Grillo e Carelli (2021)¹¹, a decisão do STF sobre terceirização gerou um ambiente propício a diversas interpretações que flexibilizam as relações de trabalho, com a ocorrência de fraudes ao vínculo de emprego, aumentando a possibilidade do sistema de contratação denominado, e já tratado neste texto, de pejotização.

Reforçando, a pejotização ocorre quando um empregador, na tentativa de fraudar o vínculo de emprego, contrata um trabalhador como prestador de serviços, fazendo com que ele constitua uma pessoa jurídica, e, assim, possam firmar um contrato de prestação de serviços entre duas pessoas jurídicas. Em outras palavras, essa contratação é uma fraude ao contrato de emprego, posto que existem todos os requisitos da relação de emprego, como subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade, entretanto, o contratante tenta descaracterizar esse vínculo através da formalização de um contrato entre pessoas jurídicas, na grande maioria das vezes, criada no momento da contratação, a pedido do contratante. (Freitas, Carmo e Sales, 2024)

Grillo e Carelli (2021) fizeram um levantamento das ações trabalhistas no TST que têm como assunto a terceirização, e concluíram que a Justiça do Trabalho continua reconhecendo o vínculo de emprego, quando presentes a

¹⁰ GRILLO, Sayonara; ARTUR, Karen; PESSANHA, Eliana. Direito do trabalho e Supremo Tribunal Federal: embates entre a regulação jurídica de mercado e a justiça social. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 147, p. 195 – 224, maio/jun. 2023.

¹¹ GRILLO, Sayonara; CARELLI, Rodrigo. Respostas judiciais à terceirização: debates e tendências recentes. **Caderno CRH**, [S. l.], v. 34, p. e021035, 2021. DOI: 10.9771/crh.v34i0.45335. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/45335>. Acesso em: 02 fev. 2025.

subordinação, a onerosidade, a pessoalidade e a habitualidade, independente da roupagem jurídica dada à contratação. Destarte, os empregadores insatisfeitos com as decisões da Justiça do Trabalho, passaram a ajuizar reclamações constitucionais perante o STF, sob a fundamentação de que os Tribunais Trabalhistas estariam descumprindo o precedente estabelecido na ADPF 324 e no tema de Repercussão Geral 725.

O problema, do ponto de vista do processo constitucional, é que a matéria tratada na ADPF 324 e tema 725 foi a terceirização, que como destacado acima é uma relação triangular, que necessariamente tem a presença de um empregado. A pejetização não foi objeto dessas demandas, e se diferencia da terceirização em especial por não haver a presença de um empregado formal, trazendo ainda mais prejuízos do ponto de vista trabalhista do que a própria terceirização.

Alguns ministros reconhecem que não há relação entre os temas, como já é notório o posicionamento dos Ministros Edson Fachin e Flávio Dino, que de forma reiterada tentam chamar a atenção dos demais ministros, para demonstrar que o tema pejetização ainda não foi enfrentado pelo STF.

Assim, em termos práticos, cresceu o número de reclamações constitucionais que visam cassar decisões da Justiça do Trabalho, mas o próprio STF está ferindo o devido processo constitucional, através de vários de seus ministros, ao aceitar o cabimento de reclamações que não se enquadram nas hipóteses do art. 988 e seguintes do CPC e do seu próprio Regimento Interno.

A verdade é que o STF vem sendo utilizado para a prática de *Lawfare*, travando uma verdadeira guerra jurídica contra os direitos sociais do trabalho, ocorrendo uma constante flexibilização e precarização de direitos constitucionais fundamentais, tendo a Corte absorvido o discurso neoliberal de diminuição de custos, menos direitos trabalhistas e mais empregos, igualdade de negociação entre empregado e empregador, consolidando, assim, um grave retrocesso social (Oliveira Neto, 2022)¹².

¹² OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. *Lawfare, guerra híbrida e retrocesso democrático*. In: RAMINA, Larissa (org.). **Lawfare trabalhista: a guerra jurídica contra os direitos sociais**. Curitiba: Íthala, 2022. p. 481-503.

O conceito de *Lawfare* por ser traduzido para o mundo do direito como o uso de ações e, portanto, do Poder Judiciário, para interpretar leis ou fazer manipulação em detrimento daqueles que a lei eventualmente beneficiaria. Deste modo, falar de aplicação de *Lawfare* ao direito do trabalho, é falar de manipulação argumentativa judicial em desfavor da classe trabalhadora, e, por consequência, em favor dos recorrentes argumentos do capital, balizados quase sempre pelo discurso de crises econômicas e austeridade, que sempre desaguam nos direitos sociais (Sales, 2024)¹³.

Em algum momento, venderam a ideia de que terceirização e pejotização seriam a mesma coisa, quando de fato não são. O fato é, que sob o pretexto de estar aplicando sua própria jurisprudência, o STF vem sendo utilizado para desfazer consistentes instruções processuais trabalhistas, sob o argumento genérico de descumprimento do tema 725 e ADPF 324.

Assusta ver que a Corte Constitucional, através da maioria dos seus ministros, não pare e analise o que está sendo feito. Reiteradamente ministros vão a mídia reclamar do excesso de reclamações constitucionais trabalhistas, mas não conseguem enxergar que a abertura para estas demandas foi dada por eles próprios, ao relegar o devido processo constitucional, em especial por aceitar reclamações em matérias que não foram analisadas em repercussão geral, portanto, em matérias em que não há elementos para o manejo da reclamação constitucional.

Em linhas finais, reforça-se que as reclamações constitucionais em matéria de pejotização não deveriam ser recebidas pelo STF, tendo em vista que não há precedente firmado em repercussão geral sobre a matéria. Fica claro que utilizar o julgamento sobre terceirização é não apenas “forçar a barra”, mas “destruir a barra”, posto que na terceirização sempre há a figura do empregado, na relação triangular, enquanto na pejotização é extirpada

¹³ SALES, Rafael Henrique Dias. **Lawfare no Direito do Trabalho**. Grupo de Estudos em Direito do Trabalho – GRUPE/UFC. Informativo ano 03, nº 16, fev. 2024. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/180kZqnLIm8oDAoIPddPNSPYQ0yJP3qFj/view>. Acesso em: 02 fev. 2025.

a figura do trabalhador empregado, permanecendo apenas duas empresas, uma real (contratante) e outra *fake* (pejotizado).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do texto, demonstrou-se os requisitos objetivos, previstos na Constituição Federal, no CPC e no Regimento Interno do STF, para o manejo de reclamações em face de decisões que afrontam a jurisprudência consolidada da Corte.

Na sequência, foram estabelecidos os conceitos doutrinários e características práticas que envolvem o fenômeno da pejotização. No intuito de demonstrar que as reclamações constitucionais em matéria de pejotização não poderiam ser fundamentadas na ADPF 324 e tema em Repercussão Geral 725, foi feito um histórico sobre a terceirização, bem como um esboço sobre suas características, demonstrando que é objeto distinto da pejotização, em especial porque a terceirização é uma relação triangular, que sempre necessita da figura do empregado, enquanto a pejotização é uma relação bilateral, que geralmente representa uma fraude ao tradicional contrato de emprego.

Como destacado no texto, a sensação que fica, é que o STF vem sendo utilizado para a prática de *lawfare* no que tange as relações trabalhistas, e as decisões que vem cassando entendimentos da justiça do trabalho não estão respeitando o devido processo constitucional, pois estão aceitando remédio constitucional impróprio para o problema tratado.

REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros.; DROPPA, Alisson. A dinâmica da regulamentação da terceirização no Brasil: as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, os projetos de lei e as decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Política e Trabalho**, v. 41, p. 121-145, 2014.

Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/politicaetrabalho/article/view/21273>. Acesso em: 02 fev. 2025.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O STF como justiça política do capital: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal (2007-2020). 645 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, **Universidade Federal de Minas Gerais**, 2020.

DUTRA, Renata Queiroz; MATTOS, Bianca Silva. A terceirização, o STF e o estado de exceção. **Teoria jurídica contemporânea**, v. 4, n. 2, p. 225-249, 2019. Disponível em <https://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2020/01/Dossi%C3%AA-Completo.pdf>. Acesso em 02 fev. 2025.

FREITAS, Serzedela Facundo Araújo de; CARMO, Valter Moura do; SALES, Rafael Henrique Dias. Os desafios dos direitos sociais do trabalho frente a decisão de terceirização irrestrita pelo STF: análise da ADPF 324/DF. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 31., 2024, Brasília. Anais eletrônicos [...]. Brasília: **CONPEDI**, 2024. p. 103-122. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/123282p8/ihsb89n8/WE1e9aKBO90JcFEC.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2025.

GARBULHA, Marcela Ribeiro de Magalhães. Reclamação constitucional e recurso especial repetitivo: instrumento para garantia da autoridade de precedentes vinculantes. 2022. 88 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – **Universidade de Brasília**, Brasília, 2022.

GRILLO, Sayonara; ARTUR, Karen; PESSANHA, Eliana. Direito do trabalho e Supremo Tribunal Federal: embates entre a regulação jurídica de mercado e a justiça social. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 147, p. 195 – 224, maio/jun. 2023.

GRILLO, Sayonara; CARELLI, Rodrigo. Respostas judiciais à terceirização: debates e tendências recentes. **Caderno CRH**, [S. l.], v. 34, p. e021035,

2021. DOI: 10.9771/crh. v34i0.45335. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/45335>. Acesso em: 02 fev. 2025.

MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. **Revista Direito Público**, n. 12, 2006.

PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês . A “pejotização” na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 80, p. 52-77, jul. 2019. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/162073> . Acesso em: 02 fev. 2025.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. Lawfare, guerra híbrida e retrocesso democrático. In: RAMINA, Larissa (org.). **Lawfare trabalhista: a guerra jurídica contra os direitos sociais**. Curitiba: Íthala, 2022. p. 481-503.

SALES, Rafael Henrique Dias. **Lawfare no Direito do Trabalho**. Grupo de Estudos em Direito do Trabalho – GRUPE/UFC. Informativo ano 03, nº 16, fev. 2024. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/180kZqnLIm8oDAoIPddPNSPYQ0yjP3qFj/view>. Acesso em: 02 fev. 2025.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado) – **Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 2015.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho

Rayza de Arruda Rodrigues¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico brasileiro. 3. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho. 4. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida como *disregard doctrine*, teve sua origem no Direito anglo-saxão, especialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Ela foi desenvolvida como uma solução prática para coibir abusos no uso da personalidade jurídica, buscando equilibrar as vantagens da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas com a necessidade de proteger terceiros prejudicados por condutas abusivas.

No Brasil, a teoria foi inicialmente introduzida pela doutrina e, mais tarde, incorporada à legislação e à jurisprudência. Um dos principais responsáveis por trazer o conceito da *disregard doctrine* ao Direito brasileiro foi Rubens Requião, na década de 1960. A partir de então, a teoria foi gradualmente adotada em diferentes áreas do ordenamento jurídico, como no Código de Defesa do Consumidor (1990) e no Código Civil (2002).

Conforme mencionado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida para impedir o uso abusivo da autonomia patrimonial,

¹ Advogada, pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6349606199067213> Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-5272-6777> . E-mail: adv.rayzarodrigues@gmail.com

assegurando o equilíbrio nas relações jurídicas e protegendo terceiros que possam ser prejudicados. A teoria permite que o juiz, em situações de fraude e má-fé por parte dos membros da sociedade, desconsidere o princípio da autonomia patrimonial – que estabelece que a pessoa jurídica possui existência distinta da de seus integrantes – a fim de alcançar e responsabilizar os bens pessoais dos sócios para o pagamento das dívidas da empresa. Nesses casos, é necessário promover a desconsideração da personalidade jurídica, removendo o “véu” que separa o patrimônio da sociedade e o dos sócios, para que os credores possam se ver livres de fraudes ou abusos praticados pela sociedade criada com esse propósito.

No Brasil sua aplicação se deu pioneiramente com Rubens Requião, conforme elucida Bruschi (2009, p. 13-19)², que desenvolveu estudos valiosos à teoria da desconsideração:

Para Serick a pessoa jurídica seria um ente que pré-existe ao próprio Direito, podendo sua essência sobrepujar as normas jurídicas. Justificando, assim “a superação da personalidade jurídica da sociedade em caso de abuso, permitindo-se o reconhecimento da responsabilidade ilimitada dos sócios. (BRUSCHI, 2009, p. 13-19)

O principal objetivo da teoria da desconsideração da personalidade Jurídica não é invalidar ou extinguir a personalidade jurídica, nem comprometer sua autonomia, mas sim responsabilizar os membros da pessoa jurídica pelos danos que causam a terceiros e aos interesses do Estado. Esses membros, muitas vezes, se ocultam por trás da personalidade jurídica para perpetrar atos prejudiciais, apesar de estarem formalmente em conformidade com as exigências legais.

A personalidade jurídica, embora legalmente reconhecida, pode ser utilizada de forma contrária ao seu propósito legítimo, o que justifica a aplicação da teoria. O objetivo dessa aplicação é, portanto, assegurar que os membros da pessoa jurídica sejam responsabilizados sem que a estrutura

² BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

da personalidade jurídica seja prejudicada. Dessa forma, a personalidade jurídica pode continuar a existir e operar normalmente após a correção dos danos causados, garantindo que seus efeitos sejam restaurados uma vez que as obrigações sejam cumpridas.

Resta claro que não se remove a personalidade da pessoa jurídica ou a autonomia da mesma, quer-se tão somente retirar momentaneamente a eficácia do princípio “a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física que a constitui” (Requião, 2002, p. 751-764)³.

Dessa forma, a teoria permite que o patrimônio do administrador ou dos sócios seja alcançado quando estes praticam atos contrários à legislação, ao contrato social ou aos interesses da empresa. Embora a personalidade jurídica seja desconsiderada, ela continua preservada em sua totalidade, sendo ignorada apenas no caso específico em questão.

Sobre esse assunto, Rubens Requião (2002, p. 751-764) destaca que, de fato, a doutrina do *disregard* não pretende anular completamente a personalidade jurídica, mas tão somente declarar a sua ineficácia para determinada situação no caso concreto, em razão do abuso de direito, prejuízo de credores ou violação da lei.

Bem por isso, a teoria foi desenvolvida para evitar que a personalidade jurídica fosse usada como um “escudo” para práticas desleais, buscando equilibrar os direitos dos envolvidos e garantir a justiça nas relações comerciais.

Acerca da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se que a teoria se encontra presente no CDC e no Código Civil de formas distintas, conforme se verá no tópico seguinte.

2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro reconhece às pessoas jurídicas uma personalidade própria, separada da de seus integrantes. Esse reconhecimento

³ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica “disregard doctrine”**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 803.

reflete o princípio da autonomia patrimonial, que estabelece a distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio individual de seus sócios, como destaca Coelho (2010)⁴:

As obrigações de um, portanto, não se podem imputar ao outro. Desse modo, a regra é a da irresponsabilidade dos sócios da sociedade limitada pelas dívidas sociais. Isto é, os sócios respondem apenas pelo valor das quotas com que se comprometem no contrato social. É esse o limite de sua responsabilidade. (COELHO, 2010, p. 40-47)

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira reconhecem a existência de duas abordagens distintas quanto à desconsideração da personalidade jurídica: a “teoria maior” e a “teoria menor”. Ambas as teorias foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicadas em diferentes contextos, como será demonstrado a seguir. Todavia, é certo que o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro dispositivo legal no Brasil a adotar, de forma expressa, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A chamada teoria menor, adotada pelo CDC, considera o simples prejuízo da parte credora como requisito suficiente para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Essa abordagem, comumente adotada em áreas do Direito voltadas a relações jurídicas entre partes desiguais, como o Direito do Consumidor, Ambiental e do Trabalho, estabelece que o risco inerente às atividades empresariais não deve ser transferido a terceiros. Em vez disso, esse risco deve ser assumido pelos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica, mesmo na ausência de provas que demonstrem conduta dolosa ou culposa por parte deles.

Dessa forma, a teoria menor entende que o simples inadimplemento é suficiente para justificar a desconsideração. Veja-se o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 2.

ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

É importante destacar, contudo, que a aplicação dessa teoria é alvo de diversas críticas, especialmente por parte da doutrina empresarial. O próprio Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 70), que anteriormente defendia a distinção entre as teorias, atualmente a considera superada. Para ele, a “teoria menor” representa, na verdade, uma aplicação inadequada do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria menor, além do CDC, também é adotada pela legislação ambiental, no art. 4º, da Lei nº 9.605/98, bem como adotada no processo do trabalho, bastando o mero prejuízo do credor, neste caso o trabalhador, como requisito suficiente à desconsideração.

Já a teoria maior, a abordagem é mais profunda pois ela exige a comprovação de fraude ou abuso na utilização da pessoa jurídica para desconsiderar sua autonomia patrimonial. O abuso da personalidade jurídica pode ocorrer de duas formas: i) desvio de finalidade: quando uma pessoa jurídica é usada para prejudicar credores ou praticar atos ilícitos; ou, ii) confusão patrimonial – Quando há mistura entre os bens da empresa e dos sócios, sem separação clara.

Ela está prevista no Art. 50 do Código Civil e é considerada “maior” porque exige prova do abuso, ao contrário da teoria menor, conforme mencionado anteriormente, usada em algumas situações específicas, como no direito do consumidor, onde basta a insolvência da empresa para que ocorra uma desconsideração.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos

bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Subdivide-se através de dois critérios principais: o objetivo e o subjetivo. O critério objetivo requer, e é suficiente, a comprovação de que houve uma confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e os sócios, isto é, que os bens e recursos da empresa e dos sócios estão misturados de tal forma que não se pode distinguir um do outro. Já o critério subjetivo defende que é necessário constatar que houve abuso da personalidade jurídica, como no caso de desvio de finalidade ou fraude.

Portanto, para que a desconsideração da personalidade jurídica seja decretada sob a ótica da Teoria Maior, é preciso demonstrar a presença desses critérios específicos. Contudo, mesmo que os requisitos para a desconsideração estejam presentes, ela só será aplicada se houver um obstáculo ao cumprimento da obrigação, ou seja, se a utilização da pessoa jurídica estiver impedindo o adimplemento de uma obrigação devida.

Em seguimento, será feita uma análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho.

3 A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

No âmbito da Justiça do Trabalho, a figura do empregado é amplamente reconhecida pela doutrina como a parte hipossuficiente na relação empregatícia. Essa condição de inferioridade decorre do fato de o trabalhador não deter o controle sobre os meios de produção, além de estar sujeito ao poder diretivo exercido pelo empregador, o que caracteriza a relação de subordinação.

Diante desse cenário, a principal função social do Direito do Trabalho é promover o reequilíbrio dessa relação jurídica, assegurando maior justiça entre as partes envolvidas. Para isso, fundamenta-se no princípio da isonomia, que visa equiparar, tanto quanto possível, a posição do empregado e do

empregador, garantindo equilíbrio econômico-financeiro na relação de emprego. Além disso, baseia-se no princípio protetor, que tem como objetivo resguardar a parte mais frágil da relação de trabalho, buscando minimizar as desigualdades inerentes ao contrato laboral no plano fático.

Nesse sentido, é essencial destacar que a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho se fundamenta justamente no princípio protetor, aliado ao conceito de alteridade. Esse último estabelece que os riscos da atividade econômica devem ser exclusivamente assumidos pelo empregador, não podendo ser transferidos ao empregado. Dessa forma, tais princípios fornecem o respaldo necessário para que, em determinadas circunstâncias, seja possível afastar a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios, garantindo a efetividade dos direitos trabalhistas.

Inicialmente, é fundamental distinguir entre a despersonalização do empregador e a desconsideração de sua personalidade jurídica. A primeira envolve a mudança do tomador de serviços na relação de emprego, ou seja, a alteração do sujeito empregador, sem que isso resulte em prejuízo ao trabalhador. Exemplos dessa situação podem ser encontrados nos artigos 10 e 448 da CLT. Nesses casos, o novo titular assume as obrigações trabalhistas dos empregados, incluindo aqueles direitos adquiridos ao longo do vínculo empregatício com o titular anterior, ficando responsável pelo cumprimento dessas obrigações perante o trabalhador.

Por outro lado, a desconsideração da personalidade jurídica ocorre quando se ultrapassa a figura da empresa sem questionar sua existência ou regularidade, com o objetivo principal de atingir o patrimônio pessoal dos sócios. Esse mecanismo é utilizado para garantir o cumprimento de obrigações que a pessoa jurídica deixou de atender.

No âmbito do Processo do Trabalho, destaca-se a relevância da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente devido à proteção conferida ao crédito trabalhista, que possui caráter privilegiado. Esse privilégio decorre da natureza alimentar dos créditos oriundos da relação de emprego,

garantindo que os trabalhadores tenham prioridade no recebimento de valores devidos.

Além disso, parte da doutrina e da jurisprudência reconhece a existência de uma teoria específica dentro do Direito do Trabalho que, por si só, justificaria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se da Teoria do Risco da Atividade Econômica, segundo a qual o empregador deve assumir integralmente os riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial. Essa concepção encontra respaldo no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que estabelece que o empregador é responsável pelos encargos e eventuais prejuízos resultantes da condução do negócio. Dessa forma, quando a empresa não dispõe de recursos suficientes para honrar suas obrigações trabalhistas, pode-se recorrer à desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio dos sócios e garantir o pagamento dos débitos trabalhistas.

Argumenta-se que, ao conduzir uma atividade econômica, o sócio proprietário usufrui dos lucros gerados pelo empreendimento, enquanto o empregado, por sua vez, não experimenta qualquer incremento em seu patrimônio pessoal. Isso ocorre porque o salário não representa uma participação nos ganhos da empresa, mas sim uma remuneração pelo serviço prestado.

Nesse sentido, é razoável que, quando a desconsideração da personalidade jurídica for aplicada, o patrimônio do sócio proprietário – que se beneficiou financeiramente nos momentos de sucesso do negócio – possa ser utilizado para quitar as obrigações trabalhistas devidas ao empregado. Caso contrário, haveria uma distorção da Teoria do Risco da Atividade Econômica, pois o ônus da incerteza e das dificuldades empresariais recairia sobre o trabalhador, em vez de permanecer com o empregador, que é o responsável pelos riscos do empreendimento.

Sob essa ótica, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Processo do Trabalho não precisaria se apoiar exclusivamente em fundamentos do Direito Civil. Isso porque a própria Consolidação das

Leis do Trabalho (CLT) já apresenta um embasamento sólido para essa medida, especialmente por meio do artigo 2º.

Como já mencionado anteriormente, segundo Tomazette (2013, p. 246)⁵, o Direito do Trabalho adota a “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com essa teoria, é suficiente o simples inadimplemento do credor, que neste caso é o empregado, para justificar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Em outras palavras, a mera falta de bens sociais suficientes para o pagamento das dívidas trabalhistas implica a aplicação da desconsideração, permitindo que os credores busquem a satisfação de seus créditos diretamente no patrimônio dos sócios ou administradores da empresa (Soares, Netto e Silva, 2016, p. 33)⁶.

Segundo a interpretação de Diniz (2014, p. 350)⁷, a disposição contida no artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) parece representar a primeira incorporação formal da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, antecedendo inclusive a codificação presente no Código Civil.

Neste dispositivo, há, na verdade, uma exceção da autonomia que resulta da formação de grupos empresariais, que, sem mencionar abuso ou fraude, determina a solidariedade das várias integrantes do grupo. Por este motivo, Tomazette (2013, p. 265) aponta para a existência de disposição de uma simples solidariedade e não demonstração da adoção da teoria da desconsideração.

Por sua vez, afirma Martins (2016, p. 13)⁸, que o referido dispositivo, consagrando a responsabilidade objetiva do empregador, indica que o empregador pode ser o grupo de empresas, através do instituto da

⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário**. Volume 1. 5a Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2013.

⁶ SOARES, Josué Guimarães, NETTO, Juliete Garcia, e SILVA, Cássia Bertassone. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária de nº 321**, março de 2016.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 31a Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária de nº 321**, de março de 2016.

desconsideração da personalidade jurídica, que irá determinar quem é o empregador de fato.

É importante destacar que a CLT não prevê explicitamente a possibilidade de utilização da desconsideração da personalidade jurídica do empregador nos processos trabalhistas, nem especifica as situações em que essa medida poderia ser aplicada. No entanto, o artigo 769 da CLT estabelece que, nos casos em que há omissão na legislação trabalhista, a Lei Processual Comum pode ser aplicada. Nesse contexto, torna-se indiscutível a aplicabilidade do artigo 592, inciso II, do CPC às execuções trabalhistas, o qual permite a responsabilização direta do sócio da sociedade empregadora, sempre que for necessário para garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas devidas.

Aplicando-se o princípio da proteção e a ideia de que o trabalhador não pode ser prejudicado por inadimplência da pessoa jurídica, os riscos da atividade laboral correm por conta do empregador, entendendo-se como plenamente possível a desconsideração no processo do trabalho, de modo as obrigações sejam satisfeitas (Santos, 2013 *apud* Soares; Netto; Silva, 2016).

O procedimento a ser seguido para a inclusão do sócio no polo passivo da demanda, assim como os demais procedimentos em geral, precisa observar rigorosamente os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, conforme garantido pela Constituição Federal. É imprescindível que todas as etapas e ações respeitem esses princípios fundamentais, assegurando, assim, o direito das partes envolvidas de se defenderem adequadamente e de terem suas manifestações devidamente consideradas no decorrer do processo.

Uma posição importante e amplamente aceita pelos Tribunais é a defendida por Schiavi (2011, p. 908-909). Segundo o doutrinador, não é necessário citar o sócio executado, uma vez que ele é apenas responsável pelo patrimônio da empresa, não fazendo parte do polo passivo da demanda. Em razão disso, como ele não é parte na lide trabalhista, caso seus bens sejam penhorados, o sócio executado pode, como defesa, opor Embargos de Terceiros.

Os embargos de terceiros estão disciplinados nos artigos 1.046 e seguintes do CPC, que se aplica de forma subsidiária ao Processo do Trabalho, conforme disposto no artigo 769 da CLT. Esses embargos servem como um recurso processual utilizado quando o patrimônio pessoal de uma pessoa não envolvida diretamente na lide é atingido por uma decisão expropriatória.

Contudo, a jurisprudência não tem se mostrado uniforme nesse aspecto. Na maioria dos casos, os Tribunais do Trabalho têm entendido que, embora não seja imprescindível a citação inicial do sócio para compor a demanda trabalhista, ele é considerado parte integrante do polo passivo. Dessa forma, os sócios não são vistos como terceiros na relação processual.

Entretanto, para aqueles tribunais que consideram indispensável a citação, uma vez citado, o sócio devedor passa a integrar formalmente a lide. Nesse cenário, é assegurado ao sócio o direito ao contraditório e à ampla defesa, os quais podem ser exercidos por meio de Embargos à Execução. Esse procedimento deve respeitar os requisitos estabelecidos no artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho. O sócio devedor pode argumentar em sua defesa utilizando os fundamentos previstos no §1º do mencionado artigo.

Outro ponto a ser observado no presente estudo é acerca do comportamento do Magistrado na desconsideração da personalidade jurídica, considerando o disposto no art. 878 da CLT. Tal dispositivo prevê que o magistrado pode atuar de ofício na execução trabalhista, sem a necessidade de provocação das partes. Todavia, isso não significa que o juiz possa determinar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa por iniciativa própria.

Isto porque não é permitido ao magistrado desconsiderar a personalidade jurídica da empresa sem que haja um pedido expresso da parte interessada. Cabe ao credor a responsabilidade de comprovar a existência de fraude ou o uso desvirtuado da personalidade jurídica, além da insuficiência dos recursos financeiros da pessoa jurídica. Somente com essa comprovação é que pode haver o redirecionamento da execução. Em outras palavras, o ônus da prova recai sobre o credor, que deve demonstrar a necessidade da

desconsideração para que seja possível responsabilizar diretamente os sócios ou administradores.

Verifica-se que a aplicação da Teoria ao Processo do Trabalho e o procedimento necessário para sua efetivação enfrentam grandes dificuldades e controvérsias. Essas dificuldades são particularmente evidentes no que diz respeito à necessidade de citação do sócio-devedor para que ele seja incluído no processo, bem como na questão de assegurar-lhe o princípio do contraditório. Além disso, há controvérsias sobre se a desconsideração da personalidade jurídica e a consequente execução podem ser promovidas de ofício pelo magistrado ou se devem ser requeridas pela parte interessada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do Processo do Trabalho, é comum a ocorrência de situações em que o patrimônio da empresa executada se revela insuficiente para quitar os créditos trabalhistas reconhecidos judicialmente. Nesses casos, a ausência de bens livres e disponíveis para o pagamento da dívida impede o cumprimento da obrigação devida ao trabalhador.

Diante desse cenário, os magistrados trabalhistas, seja por solicitação dos advogados dos credores, seja por iniciativa própria, têm recorrido à desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Esse mecanismo permite alcançar o patrimônio dos sócios ou ex-sócios, assegurando que o débito trabalhista seja efetivamente quitado. A fundamentação para essa medida repousa na necessidade de dar efetividade à decisão judicial que reconheceu o crédito de natureza alimentar do empregado.

Nesse contexto, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho encontra respaldo tanto no § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (conhecido como teoria menor) quanto no caput do artigo 2º da CLT. Esses dispositivos estabelecem que, quando o patrimônio da empresa se mostra insuficiente para satisfazer as obrigações trabalhistas, torna-se legítima a responsabilização do patrimônio

pessoal dos sócios, garantindo assim a quitação das dívidas da sociedade em favor dos trabalhadores.

O que se conclui, sem encerrar o assunto é que a equidade e a boa-fé objetiva, hoje tão em voga por serem princípios norteadores das relações entre iguais reguladas pelo novo Código Civil, estão na base da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A boa-fé objetiva, a equidade e a alteridade são princípios fundamentais que, juntamente com a natureza alimentar do crédito trabalhista, atendem aos requisitos estabelecidos no parágrafo 5º do artigo 28 do CDC. Esses princípios permitem a aplicação subsidiária das normas de defesa do consumidor aos processos trabalhistas, com a devida adaptação às peculiaridades do direito do trabalho. Dessa forma, tais normas podem ser utilizadas para garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores, sem perder de vista a especificidade e a natureza dos créditos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 2.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Ltr Editora, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 31a Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária de n° 321**, de março de 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica “disregard doctrine”**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 803.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

SOARES, Josué Guimarães, NETTO, Juliete Garcia, e SILVA, Cássia Bertasonne. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária de nº 321**, março de 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário**. Volume 1. 5a Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2013.

A (Im)Possibilidade de Aplicação das Medidas Executivas Atípicas nas Execuções Fiscais

Thaís Coelho Leal¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Cláusulas gerais executivas do CPC/15 e medidas atípicas. 3. Execução fiscal no Brasil: fundamentos e problemáticas. 3.1. O dever fundamental de pagar tributos, o Estado Social e a mora na execução fiscal no âmbito do Poder Judiciário. 3.2. A aplicação subsidiária do CPC nas execuções fiscais. 4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no HC n.º 453.870/PR e o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 5.941/DF. 5. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) foi amplamente estruturado com cláusulas gerais executivas. Essas cláusulas, cujo o texto normativo é composto por termos imprecisos e o efeito jurídico é indefinido, foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com o fito de fomentar maior dinamicidade da lei ao caso concreto, propiciando, portanto, uma maior autonomia do magistrado para solucionar a lide instaurada.

Essa autonomia fornecida possui a finalidade de assegurar o cumprimento de decisões judiciais pelos jurisdicionados, que, em diversas ocasiões, utilizavam subterfúgios para frustrar processos. Dessa forma, as medidas atípicas, que são a aplicação prática das cláusulas gerais, tornaram-se amplamente utilizadas para privilegiar a conclusão do dissídio instaurado que demandou a tutela jurisdicional.

¹ Assessora jurídica. Especialista em Direito Público pela PUCRS. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Link de Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2224471085239678>. Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-1529-9767>. E-mail: thaiscoelhoaleal@hotmail.com

Entretanto, a possibilidade de aplicação dessas medidas executivas, principalmente no que tange às execuções fiscais, fez que o tema ganhasse ampla notoriedade pela doutrina e pela jurisprudência, de modo que a temática foi analisada pelos tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Com isso, objetiva-se examinar a aplicação das medidas executivas atípicas nas execuções fiscais, a partir da compreensão de como vem se desenvolvendo a (in)aplicação destas cláusulas gerais executivas do CPC/15 nas execuções fiscais, considerando os argumentos favoráveis utilizados e as críticas a eles. Assim, a presente pesquisa busca analisar distintas apreciações judiciais e doutrinárias fundamentadas em cláusulas gerais executivas nas execuções fiscais, bem como visa explanar o fundamento constitucional para essa possibilidade de aplicação.

Dessa forma, este estudo será relevante para um maior entendimento acerca das cláusulas gerais executivas a partir de uma análise constitucional e de aplicabilidade no processo de execução fiscal, bem como poderá contribuir para mitigar avanços de decisões arbitrárias que desrespeitem garantias constitucionais e, ainda, fomentar a segurança jurídica e o dever fundamental de pagar tributos.

O presente trabalho desenvolve um percurso que apresenta inicialmente uma análise das cláusulas gerais executivas no Código de Processo Civil de 2015. Após, aborda o dever fundamental de pagar tributos, o Estado Social e a mora da execução fiscal no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, bem como a aplicação subsidiária do CPC nas execuções fiscais, conforme estabelecido na Lei de Execução Fiscal. Posteriormente, analisa o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC n.º 453.870/PR e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a constitucionalidade das medidas executivas atípicas no bojo da ADI n.º 5.941/DF. Por fim, examinam-se os critérios e possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas nas execuções fiscais, bem como os limites e princípios que devem ser observados pelo magistrado na aplicação de tais medidas.

A metodologia utilizada de pesquisa é do tipo bibliográfica, no qual se analisa livros, monografias, jurisprudências, artigos jurídicos, documentos e legislação. Além disso, a abordagem da pesquisa é de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

2 CLÁUSULAS GERAIS EXECUTIVAS DO CPC/15 E MEDIDAS ATÍPICAS

As cláusulas gerais executivas foram amplamente inseridas no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) pelo legislador pátrio, a exemplo dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º. Essas cláusulas, cujo texto normativo é composto por termos vagos e cujo efeito jurídico é indeterminado² (Didier Jr. *et al*, 2017), foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com o fito de fomentar uma maior dinamicidade da lei ao caso concreto.

Nesse sentido, diante de um rol cada vez mais amplo de situações até então não regidas pelo ordenamento, a exemplo das formas empregadas pelos devedores para se eximirem do cumprimento da prestação jurisdicional, foi necessário que determinados dispositivos estivessem distribuídos ao longo do CPC para a devida aplicação no caso sob análise pelo magistrado.

Por exemplo, a teor dos artigos 139, IV, 297 e 536, §1º, termos como “todas as medidas”, “determinar as medidas que considerar adequadas” e “entre outras medidas” foram incluídos para propiciar maior autonomia ao Estado-juiz.

Cumprir destacar, porém, que esta não foi uma inovação trazida pelo CPC/15, porquanto o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), já possuía alguns dispositivos com conceitos indeterminados, ainda que tais dispositivos tenham sido inseridos posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988. Pode-se inferir, a partir dessas reformas no CPC/73, que artigos restritos, como os que permeavam o Código de Processo Civil anterior, ainda que favorecessem a segurança jurídica das partes, que sabiam exatamente as medidas que poderiam ser tomadas em

² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

sede de execução, também favoreciam o descumprimento das execuções e atos jurisdicionais, porquanto, ao saberem exatamente quais medidas poderiam ser tomadas pelo magistrado, era possível empreender métodos para se desvencilhar de tais medidas e frustrar a execução.

Nesse sentido, as cláusulas gerais permitem a aplicação de medidas atípicas pelo magistrado, a exemplo da apreensão do passaporte e da CNH, desde que observados os princípios constitucionais que devem reger todo o ordenamento jurídico, a exemplo do princípio da proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa, contraditório, entre outros. Essas medidas visam compelir o devedor que possui o intuito de frustrar a atividade satisfativa da tutela jurisdicional, a cumprir com as decisões judiciais.

Dessa forma, ainda que tais dispositivos do CPC tenham sido aplicados, majoritariamente, em ações de execução entre pessoas físicas, cumpre destacar que a aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil em diversas leis, permite, desde que não haja determinação em contrário, a aplicação das medidas executivas atípicas – que são a aplicação prática das cláusulas gerais - em ações de diversas naturezas.

Nesse sentido, faz-se necessário destacar que o Código de Processo Civil é uma fonte primária, subsidiária ou supletiva de diversas relações processuais, de modo que pode ser aplicado em demandas de improbidade administrativa, de tutela ambiental, de ação popular, de ação civil pública e, também, de execução fiscal.

No que tange à execução fiscal, especificamente, cabe analisar que a Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, também conhecida como Lei de Execução Fiscal (LEF), explicita, em seu artigo 1º, que a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será, subsidiariamente, regida pelo Código de Processo Civil.

Dessa forma, é possível inferir que, não havendo a Lei de Execução Fiscal disposto acerca de determinada temática, ou seja, tendo sido omissa para permitir ou vedar tal prática, aplica-se o disposto no Código de Processo

Civil. Cumpre destacar, por oportuno, que tal omissão legislativa na LEF ocorre em relação à possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas, que podem ser utilizadas de forma positiva na atenuação do gargalo da execução no Poder Judiciário, conforme melhor será abordado posteriormente.

3 EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL: FUNDAMENTOS E PROBLEMÁTICAS

Diante da necessidade de compreender a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas nas execuções fiscais, faz-se primordial analisar a execução fiscal no Brasil, a partir de uma perspectiva que busca avaliar os dados dessas execuções no âmbito do Poder Judiciário, bem como questões inerentes aos direitos fundamentais da coletividade, para além das relações entre credores e devedores.

3.1 O dever fundamental de pagar tributos, o EGado Social e a mora na execução fiscal no âmbito do Poder Judiciário

De início, cumpre destacar que o Sistema Constitucional Tributário brasileiro é explicitado na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) a partir do artigo 145, que estabelece quais são os tributos que podem ser cobrados no ordenamento jurídico pátrio, até o artigo 162, que dispõe acerca da divulgação dos tributos arrecadados. Ocorre que, para além dos artigos expressamente dispostos na Carga Magna, o Sistema Constitucional Tributário deve ser compreendido a partir de uma análise ampla, que engloba princípios que exprimem limites objetivos e princípios que exprimem valores.

Nesse sentido, cumpre destacar que a Constituição Federal possui relevante papel no estabelecimento de atribuição e distribuição de competências tributárias para os entes políticos de Direito Público, quais sejam, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; no estabelecimento de princípios constitucionais tributários; na definição de

imunidades tributárias; e na classificação dos tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria.

No que tange, especificamente, aos princípios constitucionais tributários, destacam-se o princípio da estrita legalidade tributária; o princípio da igualdade tributária; o princípio da capacidade contributiva; o princípio da irretroatividade; o princípio da anterioridade da lei; o princípio da liberdade de tráfego; e o princípio da uniformidade tributária.

Para além de tantos princípios que regem o sistema tributário brasileiro, é possível extrair, a partir de uma leitura ampla da Constituição, que se busca, a bem da verdade, a efetivação de um Estado Social de Direito, que possui como fundamento a atividade prestacional efetuada pelo Estado para os indivíduos. Dessa forma, entende-se que cabe ao Estado a atribuição prestacional, principalmente, na concretização dos direitos fundamentais e/ou sociais de segunda dimensão.

Nesse contexto, no qual o Estado prestacional deve oferecer serviços e, por conseguinte, efetivar substancialmente os direitos fundamentais amplamente caracterizados constitucionalmente e que possuem, naturalmente, custos, surge o Estado fiscal, que arrecada a maior parte dos recursos financeiros que custeiam esses direitos por meio da tributação (De Mello; Buffon, 2024)³.

Acerca dessa constatação, preleciona José Casalta Nabais que, ao analisar o suporte financeiro do Estado contemporâneo, o que se percebe é um Estado fiscal que possui, nos impostos, seu principal suporte financeiro, e que a razão de ser do Estado é a realização da pessoa humana no respeito pela sua eminente dignidade humana, de modo que o Estado fiscal não poderia deixar de se configurar como um instrumento dessa realização (De Mello; Buffon, 2024)⁴.

³ DE MELLO, Letícia; BUFFON, Marciano. **O dever fundamental de pagar tributos, em José Casalta Nabais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-11/o-dever-fundamental-de-pagar-tributos-em-jose-casalta-nabais/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

⁴ *Ibidem*.

Dessa forma, preceitua-se que o Brasil, hodiernamente, adota um modelo de Estado social que busca concretizar os direitos fundamentais de segunda geração a partir dos tributos pagos pela sociedade. Esse pagamento de tributos por parte da sociedade é considerado como um dever fundamental de pagar tributos no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a teoria do dever fundamental de pagar tributos, capitaneada por Nabais, justificaria a tributação como um dever fundamental ao qual o contribuinte está vinculado por força da Constituição, não sendo possível que este pretenda deixar de contribuir com os gastos inerentes as causas sociais (De Albuquerque, 2022)⁵.

Em igual sentido prelecionar Buffon ao explicitar que, dentro de um modelo estatal do Estado social, a tributação ocupa um papel fundamental, visto que esse modelo de Estado tem o dever de assegurar os direitos fundamentais, sendo que esses direitos são mais necessários aos menos providos da capacidade de contribuir para com a coletividade (Buffon, 2007)⁶.

Ademais, cumpre destacar que os direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam os direitos de liberdade, são, também, garantidos e preservados por meio da arrecadação de tributos, de modo que se faz imperiosa a constatação da importância da arrecadação, bem como do dever fundamental de pagar tributos, para o Estado e para todos os indivíduos que compõem a sociedade.

Entretanto, é possível visualizar, a partir da análise do relatório “Justiça em Números 2024”, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, contemporaneamente, a maioria dos processos de execução pendentes de baixa que assolam o judiciário são execuções fiscais, que podem

⁵ DE ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes. **O Dever Fundamental de pagar (legalmente) Tributos**: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 51, p. 197–224, 2022. DOI: 10.46801/2595-6280.51.8.2022.1209. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1209>. Acesso em: 27 jan. 2025.

⁶ BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: Ovídio Araújo Baptista da Silva. 2007. 371 fls. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042871.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2025.

ser compreendidas como procedimentos judiciais que objetivam a cobrança de dívidas tributárias e não tributárias de pessoas e empresas com o Estado.

Nesse sentido, foi analisado que as execuções fiscais representam 59% (cinquenta e nove por cento) do estoque dos processos em execução e, além disso, as execuções fiscais são as maiores responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 31% (trinta e um por cento) do total de casos pendentes e congestionamento de 88% (oitenta e oito por cento) em 2023 (Conselho Nacional de Justiça, 2024).⁷

Além disso, cumpre destacar que, historicamente, as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário, sendo que a mora desses processos gera, naturalmente, uma onerosidade ao erário, de modo que o Estado, além de não conseguir, muitas vezes, o pagamento/arrecadação do tributo devido, ainda perde dinheiro com a manutenção, por tempo excessivo, desses processos no Poder Judiciário.

Ademais, geralmente, o processo de execução fiscal chega ao Poder Judiciário depois que várias tentativas de recuperação do crédito tributário restaram infrutíferas na via administrativa, ensejando sua inscrição na dívida ativa. Porém, ocorre que o processo judicial acaba, muitas vezes, repetindo etapas e providências de localização do devedor, ou de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, que já foram empregadas anteriormente, sem resultado, pela administração fazendária (Conselho Nacional de Justiça, 2024).⁸

Dessa forma, conforme supracitado, é constatada uma problemática na arrecadação dos tributos e na morosidade excessiva para conclusão das execuções fiscais no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, sendo imperativa a reflexão acerca das medidas a serem empregadas para o recebimento dos tributos de forma efetiva, de modo a prestigiar, dessa forma, os direitos fundamentais da coletividade, ao passo que reafirma o dever fundamental de pagamento de tributos dos indivíduos.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2024*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 20 out. 2024.

⁸ *Ibidem*.

Nesse contexto, a Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, a Lei de Execução Fiscal (LEF), explícita, em seu artigo 1º, que a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será, subsidiariamente, regida pelo Código de Processo Civil (CPC).

Desse modo, entende-se, a partir dessa constatação, que a Lei de Execução Fiscal permite que o CPC seja aplicado quando a própria LEF for omissa, o que ocorre em relação à possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas nas execuções fiscais, que podem ser utilizadas de forma positiva na atenuação da problemática da arrecadação dos tributos e na mora excessiva que assola o judiciário.

Assim, busca-se explicitar, a partir deste estudo, que em um Estado Social de Direito, os meios atípicos de cobrança de tributos podem ser mecanismos de efetivação da justiça fiscal, de modo que se alinham com os princípios fundamentais da Constituição Federal, cuja efetividade exige a observância de todos, a partir de uma análise de solidariedade.

Entretanto, instado a se manifestar acerca desta questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Habeas Corpus n.º 453.870/PR⁹, dispôs que a utilização de medidas executivas atípicas não se estenderia às execuções fiscais. Este julgado, considerado paradigmático, fixou o entendimento de que a aplicação de medidas executivas atípicas, como a apreensão de passaporte da parte executada na execução fiscal, é desproporcional e inadequada à busca da satisfação do crédito da Fazenda Pública, tendo em vista que esta possuiria diversos privilégios processuais, como varas especializadas, vários procuradores altamente capacitados voltados a essas causas, além de possuir lei própria acerca do procedimento - a Lei de Execução Fiscal - com privilégios processuais irredarguíveis (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (1. Turma). Habeas Corpus 453.870/PR. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de junho de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801389620&dt_publicacao=15/08/2019. Acesso em: 23 out. 2024.

Entretanto, conforme explicitado anteriormente, tal entendimento não corrobora com a atenuação do gargalo da execução no Brasil, assim como não favorece a justiça fiscal, que necessita arrecadar tributos para efetivar direitos fundamentais que foram amplamente disciplinados na CRFB/88 e que merecem guarida.

3.2 A aplicação subsidiária do CPC nas execuções fiscais

A Lei de Execução Fiscal dispõe, em seu artigo 1º, que a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será, subsidiariamente, regida pelo Código de Processo Civil (CPC). Desta feita, ainda que a execução fiscal seja regida, majoritariamente por lei específica, há a possibilidade de aplicação dos dispositivos dispostos no CPC quando aquela for omissa.

Ocorre que tal omissão existe, justamente, acerca da possibilidade de aplicação das cláusulas gerais executivas no processo de execução fiscal, sendo possível compreender, a partir de uma análise apriorística, que é possível a aplicação dessas cláusulas gerais, consubstanciadas no plano fático por meio das medidas atípicas, nas execuções fiscais.

A aplicação dessas cláusulas gerais executivas, que reclamam, naturalmente, uma filtragem constitucional, no âmbito das execuções fiscais, pode ser compreendida como positiva para atenuar o gargalo da morosidade do sistema de justiça, tendo em vista a mora excessiva das execuções fiscais pendentes de baixa no judiciário brasileiro. Além disso, seria possível fomentar a arrecadação de tributos de forma inovadora e satisfativa, além de tal medida ser permitida pelo ordenamento jurídico.

A inserção dessas cláusulas gerais executivas no ordenamento jurídico pátrio deve-se ao fato de que a inovação do executado para escusar-se do cumprimento das decisões judiciais foi amplamente observada, ao passo que a aplicação estrita de medidas tipicamente previstas na execução limita significativamente a atuação do Estado-juiz no caso concreto.

Cumpra destacar, neste ponto, que diante da possibilidade de aplicação subsidiária do CPC no âmbito das execuções fiscais e tendo sido omissa a Lei de Execução Fiscal acerca da possibilidade de aplicação dessas medidas, é possível que as cláusulas gerais executivas sejam aplicadas, por meio das medidas atípicas, nos processos executivos fiscais.

Ademais, com a adoção das cláusulas gerais executivas pelo legislador no CPC/15, veio à tona o debate acerca dos parâmetros que deveriam ser analisados pelo magistrado ao prolatar uma decisão judicial fundada em uma cláusula geral executiva, visto que a supremacia da tipicidade dos meios executivos era uma forma de controlar a atividade jurisdicional, ao passo que buscava evitar arbitrariedades e garantir a liberdade e a segurança psicológica do indivíduo.

Dentre as principais preocupações doutrinárias acerca da utilização das cláusulas gerais executivas, encontram-se os riscos a garantias constitucionais, como o devido processo legal, a segurança jurídica, a ampla defesa e o contraditório do executado, além da excessiva onerosidade que se pode impor ao executado.

Outrossim, em virtude do julgamento do Habeas Corpus n.º 453.870/PR, de relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2019 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.941/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, no Supremo Tribunal Federal em 2023, a problemática acerca das medidas atípicas nas execuções fiscais tornou-se atual e amplamente debatida.

No que se refere à possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas nas execuções fiscais, existem divergências doutrinárias sobre o tema, a exemplo de André Pagani de Souza¹⁰, que defende a impossibilidade de aplicação das medidas atípicas nas execuções fiscais (De Souza, 2022), e de

¹⁰ DE SOUZA, André Pagani. **Medidas executivas atípicas são inadequadas para execuções fiscais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/358731/medidas-executivas-atipicas-sao-inadequadas-para-execucoes-fiscais>. Acesso em: 27 jan. 2025.

Felipe Viana de Araújo Duque (Duque; Oliveira, 2020) (Duque, 2021)¹¹, Marco Aurélio Peixoto e Rodrigo Becker (Peixoto; Becker, 2022)¹², que defendem a possibilidade de aplicação.

Cumprir destacar que o parâmetro da possibilidade de aplicação das cláusulas gerais executivas, consubstanciadas nas medidas executivas atípicas, deve possuir sempre como foco principal os princípios e regras constitucionais, que regem a sistemática jurídica brasileira, bem como privilegiar a tutela jurisdicional efetiva sem ser, ao mesmo tempo, medida extremamente onerosa ao devedor.

Assim, para além das inquietações e justificativas à adoção das cláusulas gerais do processo civil de forma subsidiária nas execuções fiscais trazidas pela doutrina e pela jurisprudência pátria, é pertinente atentar-se aos limites constitucionais de aplicação, de modo que se faz relevante investigar qual o caminho que se está percorrendo e qual o rumo que se pretende seguir na aplicação desses dispositivos como fundamento legal nas execuções fiscais.

Entende-se, a partir de uma análise expansiva, que existe a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas, por meio das cláusulas gerais executivas, nas execuções fiscais, desde que sejam aplicadas e analisadas a partir de parâmetros constitucionais, bem como que as medidas sejam proporcionais e visem preservar os direitos fundamentais das partes. Por oportuno, cumpre destacar que os direitos fundamentais não são absolutos, devendo ser alvo de ponderações em casos de conflitos.

Para além disso, tal entendimento corrobora com a atenuação do gargalo da execução no Brasil, assim como favorece a justiça fiscal, que necessita arrecadar tributos, de forma célere e eficaz, para efetivar direitos fundamentais, que foram amplamente disciplinados na CRFB/88 e que

¹¹ DUQUE, Felipe Viana de Araújo. **Possibilidade de suspensão de passaporte/CNH pela fazenda na execução fiscal**: uma análise moral, jurídica e sistemática do HC 453870 julgado pelo STJ. PGFN, p. 61.

DUQUE, Felipe Viana de Araújo; OLIVEIRA, Pedro Garcia Prado de. **Execução fiscal**: é possível retenção de passaporte e suspensão de CNH? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327894/execucao-fiscal--e-possivel-retencao-de-passaporte-e-suspensao-de-cnh>. Acesso em: 27 jan. 2025.

¹² PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. **É possível a adoção de medidas executivas atípicas em execução fiscal?** Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/e-possivel-a-adocao-de-medidas-executivas-atipicas-em-execucao-fiscal#_ftn12. Acesso em: 27 jan. 2025.

merecem guarida. Ainda, a não efetivação desses direitos é medida que não pode se admitir em um Estado Social de Direito, sendo a sua incapacidade de garantia ainda mais grave do que a própria ausência de normatização legal.

4 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HC N.º 453.870/PR E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI N.º 5.941/DF

Conforme explicitado anteriormente, o artigo 1º da Lei de Execução Fiscal (LEF) dispõe que o Código de Processo Civil deverá ser usado de forma subsidiária, de modo que as cláusulas gerais executivas do CPC, como o art. 139, inciso IV, podem ser utilizadas, visto que a LEF é omissa em relação a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas.

Ademais, as cláusulas gerais executivas são consideradas constitucionais, desde que sejam analisadas a partir de parâmetros constitucionais, conforme foi decidido na ADI n.º 5.941/DF, julgada pelo STF em 2023. Cumpre destacar que, da análise da decisão prolatada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, foi observado que o legislador, ao utilizar as cláusulas gerais que visassem efetivar as decisões e direitos no plano material, confiou ao Poder Judiciário o encargo de estabelecer critérios para a sua utilização de forma adequada.

Dessa forma, o Poder Judiciário, diante da crescente necessidade de garantir que suas decisões fossem veementemente efetivadas e a tutela jurisdicional fosse assegurada, criou precedentes que visam oferecer maior segurança jurídica, tanto para os devedores, quanto para os credores.

Dentre os critérios que foram citados na fundamentação da ADI n.º 5.941/DF (Supremo Tribunal Federal, 2023)¹³, de relatoria do Min. Luiz Fux, pode-se citar a importância do ônus argumentativo para o magistrado que utilizar a medida atípica; a necessidade de observância do devido processo

¹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941/DF. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.

legal, do contraditório, seja ele prévio ou diferido, e da ampla defesa; a não utilização da medida atípica como forma de penalidade processual para o devedor que não possui patrimônio; e que a medida esteja em consonância com o preceito da proporcionalidade em sua tripla acepção, qual seja, a da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Leal, 2023)¹⁴.

Depreende-se, que a tutela executiva, apesar de também ser um direito fundamental do credor, seja ele particular ou Ente Público, deve ser analisada no caso concreto em face da ponderação de interesses que permeia o conflito de direitos fundamentais. Assim, a tutela executiva não poderá ser concedida de forma a causar um dano excessivo para o devedor. Por isso, a aplicação de critérios restritivos à execução civil, bem como às execuções fiscais, como meio de preservação da dignidade da pessoa humana dos executados faz-se necessária e vem sendo delimitada.

Diversos doutrinadores, a exemplo de Felipe Viana de Araújo Duque, Marco Aurélio Peixoto e Rodrigo Becker, entendem que a aplicação dessas cláusulas gerais executivas, que exigem, naturalmente, uma filtragem constitucional, pode ocorrer no âmbito das execuções fiscais, sendo, inclusive, medida positiva para atenuar o gargalo da morosidade das execuções fiscais no judiciário brasileiro, e, também, para fomentar a arrecadação de tributos de forma inovadora e satisfativa, além de ser legalmente permitida pelo ordenamento jurídico.

Ademais, cumpre destacar que a ADI n.º 5.941/DF não limitou a aplicação das medidas executivas atípicas, a exemplo da suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte e CNH e etc. às execuções entre particulares e execuções civis, de modo a ensejar que essas medidas podem ser, também, utilizadas nas execuções fiscais.

Nesse contexto, Felipe Viana de Araújo Duque explicita que a utilização de medidas executivas atípicas contribuiria pra que o contribuinte não desprezasse as dívidas perante o fisco, induzindo o dever de pagar tributos

¹⁴ LEAL, Thaís Coelho. **As medidas atípicas e a aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil: uma análise à luz do tema repetitivo n.º 1.137 do STJ e da ADI n.º 5.941/DF do STF**. Natal, 2023. 84f.: il.

e evitando o risco moral que seria causado pela não adoção de medidas céleres e ágeis no processo judicial das execuções fiscais (Duque, 2021)¹⁵.

Por sua vez, Marco Aurélio Peixoto e Rodrigo Becker dispõem que não seria razoável ignorar a prevalência do interesse público, de modo que as medidas atípicas seriam possíveis nas relações entre interesses privados e não seria possível quando envolvessem interesse público, quando, a bem da verdade, deveria estar sendo considerada a supremacia do interesse público (Peixoto; Becker, 2022)¹⁶.

Entretanto, conforme já citado, a decisão proferida no bojo do HC n.º 453.870/PR do STJ, em 2019, a utilização de medidas executivas atípicas não se aplica às execuções fiscais. Cumpre destacar que esse julgado fixou o entendimento de que a apreensão de passaporte em execução fiscal é desproporcional e inadequada à busca da satisfação do crédito da Fazenda Pública, tendo em vista que o Estado possui variados privilégios processuais, como varas especializadas, diversos procuradores altamente capacitados voltados a essas causas, além de possuir lei própria acerca do procedimento com privilégios processuais irredarguíveis.

Ocorre que se entende que essa decisão deve ser superada pelo posterior julgamento da ADI n.º 5.941 do STF, tendo em vista que na ação de controle concentrado não foi limitada a aplicação das cláusulas gerais executivas a determinadas ações em detrimento de outras.

Do contrário, existe o entendimento de parte da doutrina acerca da inaplicabilidade, a exemplo de André Pagani de Souza, que entende que o tratamento dado ao fisco é de ampla vantagem no processo de execução fiscal e que a possibilidade de lhe conferir mais vantagens do que já possui resultaria em um processo injusto e que ensejaria excessos, de modo que o próprio Estado-juiz poderia ir contra o ideário de justiça, sacrificando um

¹⁵ DUQUE, Felipe Viana de Araújo. **Possibilidade de suspensão de passaporte/CNH pela fazenda na execução fiscal**: uma análise moral, jurídica e sistemática do HC 453870 julgado pelo STJ. PGFN, p. 61.

¹⁶ PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. É possível a adoção de medidas executivas atípicas em execução fiscal?. **JOTA**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/epossivel-a-adocao-de-medidas-executivas-atipicas-em-execucao-fiscal#_ftn12. Acesso em: 27 jan. 2025.

interesse genuinamente público, pois comprometeria a credibilidade do cidadão em todo o sistema de justiça (De Souza, 2022)¹⁷.

Cumprido destacar, neste ponto, que diante da possibilidade de aplicação subsidiária do CPC no âmbito das execuções fiscais e tendo sido omissa a Lei de Execução Fiscal acerca da possibilidade de aplicação dessas medidas, bem como após a decisão do STF na ADI n.º 5.941/DF, que não limitou a aplicação das medidas atípicas a determinadas relações processuais, entende-se ser possível que as cláusulas gerais executivas sejam aplicadas, por meio das medidas atípicas, nas execuções fiscais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível entender que o julgamento do STJ, a partir dos argumentos apresentados, não foi validado pelo julgamento do STF posteriormente. A partir da análise detalhada dos julgados, entende-se que o julgamento do STF privilegiou comandos constitucionais e não limitou a aplicação das medidas executivas atípicas a determinadas execuções, de modo que é possível, nos mesmos termos do art. 1º da LEF, a aplicação dessas medidas atípicas às execuções fiscais.

Ademais, o entendimento de parte da doutrina acerca da possibilidade de aplicação deve prosperar, tendo em vista que privilegia a aplicação da lei, conforme art. 1º da LEF, que explicita a aplicação subsidiária do CPC, e também, estimula o cumprimento do dever fundamental de pagar tributos, que sustenta diversos direitos sociais proporcionados pelo Estado Social de Direito.

Desse modo, entende-se como positiva e correta a possibilidade de aplicação dessas cláusulas gerais executivas no âmbito das execuções fiscais, que devem, assim como todo o ordenamento jurídico, seguir parâmetros constitucionais que privilegiam direitos fundamentais e também explicitar

¹⁷ DE SOUZA, André Pagani. Medidas executivas atípicas são inadequadas para execuções fiscais. **MIGALHAS**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/358731/medidas-executivas-atipicas-sao-inadequadaspara-execucoes-fiscais>. Acesso em: 27 jan. 2025.

que não existem direitos absolutos, mas que, a bem da verdade, devem ser ponderados.

Depreende-se, portanto, que a tutela executiva, embora também seja um direito fundamental do credor, seja ele particular ou Ente Público, deve ser analisada no caso concreto, à luz da ponderação dos interesses envolvidos no conflito de direitos fundamentais. Assim, a tutela executiva não poderá ser concedida de forma a causar dano excessivo ao devedor. Por isso, a aplicação de critérios restritivos à execução civil e às execuções fiscais, como meio de preservação da dignidade da pessoa humana dos executados, é necessária e vem sendo delimitada pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

Assim, a aplicação de determinadas medidas, a exemplo da apreensão de CNH e passaporte, podem compelir o devedor a cumprir com o seu dever perante o fisco e, assim, diminuir o tempo de conclusão das execuções fiscais no Brasil. Além disso, as execuções fiscais no Brasil devem ser analisadas a partir da constituição, assim como todas as normas pátrias.

Dessa forma, a aplicação dessas medidas seria duplamente positiva, desde que aplicadas a partir de uma filtragem constitucional de proporcionalidade em sua tripla acepção de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visto que estimularia o pagamento do tributo, fomentaria o Estado Social de Direito e, também, diminuiria a mora do processo executivo fiscal no Poder Judiciário.

Cumprir destacar que, em um Estado Social de Direito, os meios atípicos de cobrança de tributos podem ser mecanismos de efetivação da justiça fiscal, se alinhando com os princípios fundamentais da Constituição Federal, cuja efetividade exige a observância de todos, a partir de uma análise de solidariedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2022]. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (1. Turma). Habeas Corpus 453.870/PR. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de junho de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801389620&dt_publicacao=15/08/2019. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941/DF. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

BUFFON, Marciano. A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana. Orientador: Ovídio Araújo Baptista da Silva. 2007. 371 fls. Tese (Doutorado) – **Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042871.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2025.

DE ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes. O Dever Fundamental de pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 51, p. 197–224, 2022. DOI: 10.46801/2595-6280.51.8.2022.1209. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1209>. Acesso em: 27 jan. 2025.

DE MELLO, Leticia; BUFFON, Marciano. O dever fundamental de pagar tributos, em José Casalta Nabais. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-11/o-dever-fundamental-de-pagar-tributos-emjose-casalta-nabais/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

DE SOUZA, Andre Pagani. Medidas executivas atípicas são inadequadas para execuções fiscais. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/358731/medidas-executivas-atipicas-sao-inadequadas-para-execucoes-fiscais>. Acesso em: 27 jan. 2025.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DUQUE, Felipe Viana de Araújo. **Possibilidade de suspensão de passaporte/CNH pela fazenda na execução fiscal**: uma análise moral, jurídica e sistemática do HC 453870 julgado pelo STJ. PGFN, p. 61.

DUQUE, Felipe Viana de Araujo; OLIVEIRA, Pedro Garcia Prado de. Execução fiscal: e possível retenção de passaporte e suspensão de CNH?. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327894/execucaofiscal--e-possivel-retencao-de-passaporte-e-suspensao-de-cnh>. Acesso em: 27 jan. 2025.

LEAL, Thaís Coelho. **As medidas atípicas e a aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil**: uma análise à luz do tema repetitivo n.º 1.137 do STJ e da ADI n.º 5.941/DF do STF. Natal, 2023. 84f.: il.

PEIXOTO, Marco Aurelio; BECKER, Rodrigo. É possível a adoção de medidas executivas atípicas em execução fiscal? **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/epossivel-a-adocao-de-medidas-executivas-atipicas-em-execucao-fiscal#_ftn12. Acesso em: 27 jan. 2025.

Justice Gap: uma Análise do Acesso à Justiça sob a Ótica Constitucional

Thales Carneiro Medeiros¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica do Acesso à Justiça e os Seus Institutos Constitucionais que combatem o *Justice Gap*. 2.1 A Gratuidade da Justiça. 2.2 Os Juizados Especiais. 2.3. O Papel Constitucional do Advogado no combate ao *Justice Gap*. 3. A (In) Efetividade dos Institutos Constitucionais de Acesso à Justiça. 4. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Acesso à Justiça é um dos pilares essenciais de qualquer sistema jurídico democrático. No entanto, apesar das proteções legais e dos avanços institucionais, persistem desigualdades significativas entre a demanda por justiça e a capacidade do sistema legal de atendê-la plenamente. Esse fenômeno, conhecido como “*Justice Gap*” — traduzido como “lacuna de justiça” ou “fenda de justiça” (Dicio, 2025) — representa um vazio ou carência percebida de justiça. Embora essa tradução não capture completamente o significado do termo original, ela oferece uma base inicial para compreender o conceito.

O termo “*Justice Gap*”, apesar de sua formulação recente, se fundamenta em princípios antigos que são explorados nesta análise. O conceito, embora moderno, tem raízes em princípios e teorias jurídicas que remontam a tempos históricos anteriores. Desde a Antiguidade, questões relacionadas ao acesso à justiça, bem como as dificuldades e desafios relacionados, têm sido objeto de estudo e reflexão, particularmente na filosofia grega. Filósofos como Aristóteles e Platão já exploravam a interseção entre direito, justiça e

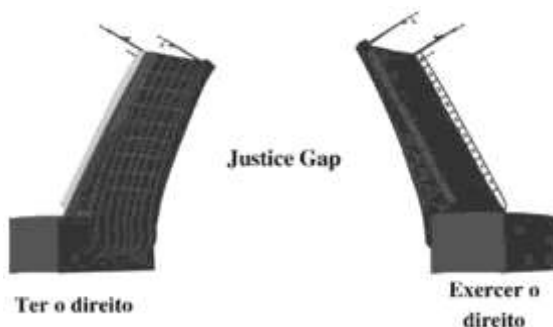
¹ Advogado. Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3828118681911917>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-1092-8304>. E-mail: thales_carneiro_medeiros@hotmail.com

equidade, discutindo o papel da justiça como meio para assegurar a ordem e harmonia social (Teixeira, 2012). Essas reflexões evoluíram através dos séculos, em trabalhos de pensadores medievais como Tomás de Aquino, até teóricos modernos e contemporâneos que buscam entender as disparidades no acesso à justiça em diversos contextos sociais.

O brocardo latino “*Ubi Societas, Ibi Jus*”, que quer dizer “Onde há sociedade, há direito”, reforça a ideia de que o direito é uma necessidade intrínseca à convivência humana organizada. Este axioma sublinha a importância do direito como ferramenta reguladora das relações sociais, com a justiça representando sua expressão prática mais alta. Em essência, onde há direito, existe a busca pela justiça, ainda que essa justiça nem sempre seja acessível a todos de maneira equitativa.

Nesse contexto, embora a expressão “*Justice Gap*” seja relativamente pouco conhecida no cenário jurídico brasileiro, ela é amplamente reconhecida globalmente para definir a discrepância entre os direitos que um indivíduo possui e sua capacidade de exercê-los efetivamente. De acordo com o Instituto World Justice Project (WJP), em sua publicação “*Measuring the Justice Gap*”, pessoas impactadas pelo “*Justice Gap*” enfrentam obstáculos sociais, econômicos e legais que as impedem de obter a justiça necessária para resolver tanto questões do dia a dia quanto casos de injustiça mais graves.

Em nível de ilustração, é possível visualizar o *Justice Gap* da seguinte forma:



Fonte: Elaborado pelo autor a partir do conceito de *Justice Gap*

Logo, o *Justice Gap* poderia ser entendido justamente como um impeditivo para o indivíduo exercer seu direito.

Assim, o conceito de “*Justice Gap*” emerge como uma ferramenta essencial para entender, tanto de forma quantitativa quanto qualitativa, os desafios enfrentados por certos grupos ao exercerem seus direitos legais. O Instituto *World Justice Project* ilustra a gravidade dessa questão ao estimar que cerca de 5 bilhões de pessoas em todo o mundo têm necessidades legais não atendidas, incluindo 1,5 bilhão de pessoas que não conseguem obter justiça em questões civis, administrativas ou criminais. No Brasil, apesar de o acesso à justiça ser um direito fundamental assegurado pelo inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ainda existem inúmeras barreiras que dificultam sua efetivação, contribuindo para o “*Justice Gap*” no país.

Ao analisar o conceito de “*Justice Gap*” no contexto do acesso à justiça, é possível identificar várias questões organizacionais, sociais e estruturais dentro do sistema judicial brasileiro, que idealmente deveria garantir acessibilidade a todos os cidadãos. Embora a necessidade de democratizar o acesso à justiça seja evidente, é crucial que o Estado produza resultados que sejam não apenas justos individualmente, mas também coletivamente (Cappelletti; Garth, 1988)². No entanto, apesar das garantias teóricas, observa-se uma significativa lacuna prática entre o indivíduo e o exercício de seus direitos.

Neste contexto, em relação ao acesso à justiça, o Projeto Florença de Cappelletti e Garth destaca a introdução de distintos “ondas” para caracterizar a acessibilidade à justiça. Esta teoria descreve três ondas que abordam algumas das principais questões desse problema: a assistência jurídica gratuita aos menos favorecidos (primeira onda); a criação de mecanismos processuais para representar interesses difusos (segunda onda); e uma abordagem renovada para o acesso à justiça, promovendo diversas modificações nas estruturas judiciais e abrindo o Judiciário a novas formas de resolução de litígios, usando tanto mecanismos judiciais quanto extrajudiciais (terceira onda) (Cappelletti; Garth, 1988). A teoria das ondas age como um mecanismo

² CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

legal que busca alinhar a posse dos direitos com sua implementação prática, abordando o abismo ou “gap” entre esses aspectos e procurando sua solução.

Dessa forma, tendo como base a teoria das ondas acima exposta é possível expor algumas medidas constitucionais adotadas no Brasil e que, em tese, deveriam colaborar para o acesso à Justiça e, por consequência, redução do *Justice Gap*, como:

a) Gratuidade da Justiça (Artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988): No que tange à gratuidade da justiça, a constituição assegura que o Estado concederá assistência jurídica integral e gratuita para as pessoas que comprovarem a insuficiência de recursos econômicos. Portanto, a ideia por trás do dispositivo constitucional é que a barreira da pobreza não seja um problema para o acesso à justiça, de modo que ninguém lhe proíba de ir ao judiciário apenas pelo fato de que há custos para seu processo. A justiça gratuita é a maneira de se certificar que alguém nunca seja impedido de ir ao sistema judiciário devido aos custos de fazê-lo.

b) Juizados Especiais (Artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988): Os Juizados Especiais foram instituições criadas no dispositivo constitucional de 1988 com o intuito de buscar uma solução mais simples, rápida e barata para alguns tipos de conflitos. Tratam de causas cíveis de menor complexidade, ex. que não precisem de perícia, e que possuem menor valor econômico agregado. Além de também abarcarem infrações penais de menor potencial lesivo. O papel legal dos juizados é particularmente importante no que tange ao acesso à justiça, uma vez que dá uma simplicidade ao processo, diminui custos e permite que as pessoas procurem uma solução para seus problemas sem lidar com processos judiciais muito longos.

c) O papel do advogado como indispensável à administração da justiça (Artigo 133 da Constituição Federal de 1988): A Constituição nomeia a figura do advogado como indispensável para a administração da justiça, garantindo que ele seja inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, dentro dos limites da lei. Isso significa que o advogado tem um papel essencial na garantia do direito à ampla defesa, sendo um intermediário fundamental entre o cidadão e o sistema judiciário. Sua presença assegura que os direitos das partes sejam adequadamente defendidos e que o processo judicial seja conduzido de maneira justa e equitativa.

Apesar da existência de outras medidas de acesso à justiça direta ou indiretamente criadas pela Constituição Federal, para fins de análise, as medidas acima expostas serão analisadas

Não obstante, a metodologia do presente trabalho será por meio do estudo da doutrina nacional e internacional juntamente com a interpretação de dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e outras instituições idôneas, como o *World Justice Project* (WJP). Ao passo que, buscará compreender os pormenores existentes, mediante critérios técnicos e sociais, a lacuna legal gerada pelo *Justice Gap*, bem como sua influência no direito fundamental de acesso à Justiça.

Ao analisar esses baluartes constitucionais de acesso à justiça, têm-se a intenção de avaliar a importância desses no acesso à Justiça e, por consequência, avaliar sua eficácia na redução do “*Justice Gap*”, buscando identificar e mapear possíveis melhorias e medidas que possam promover um acesso mais equitativo à justiça.

Por fim, o acesso à justiça é um direito fundamental garantido pela Constituição e constitui um dos pilares essenciais para a manutenção de uma sociedade democrática e igualitária. No entanto, garantir o acesso à justiça vai além da simples possibilidade de postular e ingressar com ações judiciais. O verdadeiro acesso à justiça se concretiza quando os cidadãos conseguem não apenas iniciar um processo, mas também acessar plenamente seus direitos e obter uma decisão judicial justa em tempo hábil.

A morosidade do sistema judiciário, a complexidade dos procedimentos legais e a falta de recursos adequados são alguns dos desafios que impedem muitos indivíduos de alcançar uma justiça efetiva. Nesse contexto, é crucial que o sistema jurídico não apenas facilite a entrada dos cidadãos nos tribunais, mas também assegure que os processos sejam conduzidos de maneira eficiente e que as sentenças sejam proferidas dentro de um prazo razoável.

Este artigo explora os múltiplos aspectos do acesso à justiça e como o acesso à justiça busca evitar o *Justice Gap*, destacando a importância de um sistema judicial ágil e eficaz, que permita aos cidadãos não apenas demandar

seus direitos, mas também obter a resolução de seus litígios de maneira justa e em tempo adequado. Ao abordar essas questões, esperamos contribuir para um entendimento mais profundo dos desafios e das soluções necessárias para que o acesso à justiça seja verdadeiramente universal e efetivo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA E OS SEUS INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS QUE COMBATEM O *JUSTICE GAP*

O conceito de Justiça, desde a Grécia Antiga, é algo amplamente debatido sendo pautado como um grande marco na Constituição de Atenas feita por Aristóteles. Nesta, havia uma figura denominada de Arcontes, responsável por julgar e democratizar a justiça entre os cidadãos atenienses, demonstrando a preocupação com uma justiça compartilhada e exitosa, apesar da enorme limitação e restrição que o título de cidadão ateniense possuía. Ainda nesse período, outro renomado filósofo, Platão, em uma de suas obras mais famosas, *A República*, falava que a Justiça era muito mais valiosa que centenas de barras de ouro (Platão, *A República*, I, 336). Logo, percebe-se que desde as Pólis gregas era evidente a necessidade e a importância de uma justiça social e democrática para os cidadãos.

Após o período clássico e advindo da Idade Média, o condão da Justiça se manteve mais conectado a uma lógica religiosa do que estatal, uma vez que a justiça era ditada pelas doutrinas religiosas e não pautada em um princípio democrático. Por outro lado, há indícios, que datam dessa época, de práticas que buscam o acesso à uma forma primitiva de justiça. Como foi visto na França com o sistema de patrocínio gratuito para as classes mais baixas ingressarem em juízo, demonstrando uma ideia de coletividade e cidadania (Portela; Santos, 2015)³.

A partir do século XIV, já era notório uma maior distinção de Estado e Igreja, sendo particularmente mais evidenciada no século XV durante o movimento do Jusnaturalismo, delineada na reforma protestante pelo

³ PORTELA, Guilherme Vieira; SANTOS, Layane Dias. A Evolução Histórica do Acesso à Justiça. **JusBrasil**, 31 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41399/a-evolucao-historica-do-acesso-a-justica>. Acesso em: 25 jan. 2025.

marco da redução da força da igreja católica, abrindo espaço para outras ideologias e pensamentos. Durante essa época, começou-se a ter um olhar para os direitos naturais, ou seja, os direitos intrínsecos aos indivíduos desde seu nascimento, sendo obrigação do Estado resguardá-los. (Bobbio et al, 1998, p.660)⁴.

Um pouco mais adiante, durante o século XVIII, com o advento do utilitarismo, chegou-se a utilizar a máxima “*fiat justitia, pereat mundus*”, que significava “faça-se justiça, mesmo que o mundo pereça”, o que traduz, de certa maneira, o contraste ideológico de outras épocas. Tendo em vista que, durante esse período, os grandes pensadores, como Hume e Bentham, buscavam conduzir a sociedade para um mundo em que a justiça fosse buscada a qualquer custo, de qualquer forma, tornando-a alicerce para a sociedade (BOBBIO et al, 1998 p.666). Contudo, apesar do clamor de grandes intelectuais, isso não se refletia no cotidiano da sociedade, uma vez que, ainda havia influência econômica e social no curso da justiça e do sistema Judiciário existente na época.

Esse período foi seguido pelos Estados Liberais do século XIX que eram constituídos de um acesso à justiça focado sob a ótica dos direitos individuais do cidadão, ou seja, o indivíduo era apto a propor e contestar uma ação. Apesar dessa conquista social, o acesso à justiça ainda era, na verdade, um mero direito formal, cabendo ao Estado somente aplicá-lo no ordenamento jurídico vigente. Cabe também destacar outra importante barreira enfrentada nesse período que foram as dificuldades de acesso aos direitos perante às desigualdades presentes na sociedade da época (Gonçalves, 2011)⁵.

Em meados do século XX, com o surgimento do *Welfare State*, doutrina baseada no ideal de que cada indivíduo possui direitos indissociáveis à sua existência enquanto cidadão, entendeu-se a necessidade de o Estado amparar juridicamente os cidadãos. Logo, a doutrina tornou-se um grande protótipo

⁴ BOBBIO et al. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1909.

⁵ GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. Tribunais Multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – **Universidade Estadual do Norte do Paraná**, Jacarezinho, 2011.

de uma justiça mais acessível e justa sendo exemplo para a Constituição Francesa de 1946, que expôs os direitos e deveres sociais reconhecidos como imprescindíveis para o efetivo e igual acesso à justiça para todos (Portela; Santos, 2015).

Outro grande marco para a Justiça na sociedade moderna ocorreu quando duas das grandes potências do século XX, Alemanha e Inglaterra, criaram programas visando uma popularização da justiça. Um desses modelos foi o *Legal Aid Advice Scheme*, criado em 1949 na Inglaterra, em que o governo pagava advogados para que prestassem assistência e aconselhamento jurídico gratuitos para a população.

No Brasil, o acesso à justiça também evoluiu de maneira significativa ao longo da história. Durante o período imperial, o sistema judicial era elitista e inacessível para grande parte da população. Apenas os mais abastados conseguiam litigar, devido aos altos custos e à falta de uma estrutura pública adequada para atender aos mais pobres. No entanto, com a Proclamação da República em 1889, o sistema começou a se transformar gradualmente.

A criação da Justiça do Trabalho em 1941 foi um marco importante para democratizar o acesso à justiça no Brasil, ao estabelecer um ramo especializado que atendia, de forma célere e simplificada, os trabalhadores. Nos anos subsequentes, sobretudo após a Constituição de 1988, o Brasil passou a consagrar o princípio do amplo acesso à justiça como um direito fundamental. O Sistema de Assistência Judiciária Gratuita, hoje institucionalizado pela Defensoria Pública, surgiu como um mecanismo crucial para garantir que todos, independentemente de sua condição econômica, tivessem assegurado seu direito de acesso ao Judiciário.

Nos dias atuais, a evolução do acesso à justiça no Brasil segue um caminho de contínua ampliação, com inovações tecnológicas, como o Processo Judicial Eletrônico (PJe), e iniciativas que buscam facilitar a resolução de conflitos por meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporcionando maior celeridade e acessibilidade ao sistema judiciário.

Diante disso, serão analisados no presente tópico alguns baluartes historicamente criados, e previsto na Constituição Brasileira de 1988, de acesso à Justiça.

2.1 A Gratuidade da Justiça

O A gratuidade da justiça é um direito previsto no ordenamento jurídico brasileiro que possui o fito de assegurar o acesso à justiça para às pessoas financeiramente hipossuficientes, ou seja, que não possuem os recursos financeiros para arcar com as despesas monetárias necessárias no decorrer do processo judicial. Esse direito está previsto no artigo 98 do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça (Marioni; Arenhart; Mitidiero, 2018) ⁶.

A utilização do benefício da gratuidade da justiça pode abarcar diversos atos processuais, como taxas, custas judiciais, selos postais e despesas com publicação na imprensa oficial. Nesse sentido, o § 5º do artigo 98 do CPC dispõe que a gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o titular de direito tenha que arcar (Marioni; Arenhart; Mitidiero, 2018).

Não obstante, é importante destacar que a gratuidade da justiça também abarca as pessoas jurídicas, desde que seja comprovada a insuficiência de recursos. No entanto, a concessão desse benefício para o empregador pessoa física, como no caso do empregador doméstico, necessita de comprovação inequívoca da insuficiência econômica, não sendo suficiente a simples declaração de hipossuficiência.

⁶ MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Seção IV. Da Gratuidade da Justiça In: MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo (SP): Editora **Revista dos Tribunais**. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-de-processo-civil-comentado/1314940822>. Acesso em: 25 jan. 2025.

A análise da concessão da gratuidade da justiça deve considerar a situação econômica de quem o solicita, sendo possível a concessão parcial ou total, vide os § 5º e 6º do artigo 98 do CPC. Esses dispositivos permitem que a gratuidade seja concedida de forma proporcional às necessidades do beneficiário, evitando o uso indevido do benefício e garantindo que ele seja destinado àqueles que realmente necessitam, na teoria. (Marioni; Arenhart; Mitidiero, 2018).

Em síntese, a gratuidade da justiça é um instrumento fundamental para assegurar o acesso à justiça e combater o *Justice Gap*, especialmente para aqueles em situação de vulnerabilidade econômica. Sua concessão deve ser analisada com base na real necessidade do requerente, respeitando os parâmetros legais estabelecidos pelo CPC.

Contudo, por vezes ocorre a concessão indiscriminada desse benefício, o que pode incentivar a litigância predatória, onde indivíduos ajuízam ações sem a devida necessidade ou sem sequer tentar resolver extrajudicialmente as questões, sobrecarregando o Judiciário e comprometendo a eficiência dos processos, que, por vezes, acabam demorando muito mais tempo para serem solucionados (Pereira, 2019)⁷.

Ademais, a falta de critérios claros e objetivos para a análise da hipossuficiência financeira tem gerado insegurança jurídica e decisões inconsistentes, tornando o cenário. À título de exemplo, têm-se a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF) que adota critérios como renda familiar mensal não superior a cinco salários mínimos e a não posse de mais de um imóvel para a concessão do benefício (Neto, 2021)⁸. No entanto, a aplicação desses critérios pode ser subjetiva e variar conforme a interpretação de cada defensor.

⁷ PEREIRA, Carolina Braga. Crítica ao benefício da gratuidade na justiça: uma análise da reforma trabalhista de 2017. **Universidade Federal da Bahia**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/37606/1/CAROLINA%20BRAGA%20PEREIRA.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2025.

⁸ NETO, Lourival Ferreira de Carvalho. A incredulidade jurisdicional diante do direito à gratuidade da Justiça no Brasil. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-02/opiniaao-direito-gratuidade-justica-brasil/>. Acesso em: 25 jan 2025.

Portanto, é imprescindível que o sistema jurídico brasileiro reavalie os critérios e procedimentos para a concessão da gratuidade da justiça, buscando equilibrar o direito de acesso à justiça com a necessidade de evitar abusos que possam comprometer a eficiência e a equidade do sistema judiciário.

2.2 Os Juizados Especiais

Os Juizados Especiais, previstos no artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988 e detalhados na Lei nº 9.099 de 1995, possuem o objetivo de proporcionar uma justiça mais rápida e acessível, especialmente para causas de menor complexidade e valor econômico. De acordo com a Constituição Federal, esses juizados foram criados com o objetivo de resolver conflitos de forma simplificada e menos burocrática, atendendo uma demanda significativa da população que, de outra forma, teria dificuldades para acessar o Judiciário (BRASIL, 1988)⁹ e, com isso, também removeria um pouco a sobrecarga do judiciário tradicional.

A Lei nº 9.099/1995 prevê as regras dos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com o fim de facilitar o acesso à justiça por meio de procedimentos ágeis e informais (BRASIL, 1995). Complementando-a, a Lei nº 10.259 de 2001 ampliou o escopo desses juizados para o âmbito federal, buscando trazer a mesma proposta de celeridade e simplicidade às causas de menor complexidade no âmbito da Justiça Federal (BRASIL, 2001)¹⁰.

Apesar dos nítidos avanços proporcionados pela criação dos Juizados Especiais, sua eficácia tem sido alvo de debates e críticas, uma vez que, apesar de ter uma teoria ágil e célere, a prática não contempla essa teoria em sua totalidade. Segundo um estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), embora tenha havido aumento no índice de conciliação nos juizados especiais federais, ainda existem desafios que comprometem a eficiência e

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2001. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

a eficácia dessas instâncias. A presidente do Fórum Nacional dos Juizados Especiais, desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli, ressaltou que os juizados são muitas vezes vistos como uma “subjustiça”, o que resulta em um “descaso” por parte de setores mais conservadores do Judiciário (CNJ, 2019)¹¹, o que compromete sua eficiência e eficácia.

Nesse sentido, uma pesquisa publicada na Revista Brasileira de Economia utilizou a Análise Envolvória de Dados (DEA) para avaliar a eficiência dos Juizados Especiais Estaduais entre 2010 e 2015. Essa pesquisa trouxe resultados que indicaram que, mesmo sob a hipótese de plena eficiência, o número de casos pendentes continuaria elevado, o que sugere que a atual estrutura dos juizados não é suficiente para atender à crescente demanda por celeridade processual (Silva; Silva, 2019)¹², uma vez que foram destinados recursos do judiciário tradicional para os juizados especiais, mas não foi possível lidar com o avanço da quantidade de demandas. Assim, têm-se um judiciário sobrecarregado e uma justiça alternativa, que seriam os juizados especiais, também sobrecarregado.

Assim, essas evidências como essas vêm demonstrando a real necessidade de um maior aprimoramento tanto na estrutura quanto nos recursos destinados aos Juizados Especiais, com o objetivo de garantir que esses órgãos cumpram efetivamente sua função constitucional de proporcionar acesso à justiça de maneira rápida e eficiente.

2.3 O papel Constitucional do advogado no combate ao *JuJice Gap*

O papel do advogado é tão importante no conceito de justiça que sua figura é prevista na Constituição Federal, Artigo 133, que lhe coloca como indispensável à administração da justiça (BRASIL, 1988).

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Estudo revela realidade e desafios dos Juizados Especiais**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estudo-revela-realidade-e-desafios-dos-juizados-especiais/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

¹² SILVA, José Carlos de Souza; SILVA, Maria Aparecida de Souza. A Eficiência dos Juizados Especiais Estaduais Brasileiros e sua Evolução: uma análise utilizando Análise Envolvória de Dados (DEA) e Índice de Malmquist. **Revista Brasileira de Economia**, v. 73, n. 4, p. 453-474, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/rj/rbe/a/PTgT6j3m7HyJvRdN55KNfxK/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

Não obstante, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, é exposto que, no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social, estando reconhecido no documento máximo da advocacia a existência de um caráter social na atuação da profissão, sendo um dever dele se atentar e zelar por essa disposição.

Nesse contexto, entendendo o papel do advogado, é válido apresentar o que, acertadamente, expôs Economides (1999, p. 67)¹³, “...o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça”. Ainda nessa toda, segundo Paulo Freire (1996), a educação libertadora deve ser capaz de emancipar o indivíduo, permitindo-lhe o acesso pleno aos seus direitos e à cidadania.

Diante disso, é necessário termos operadores da justiça para que os cidadãos consigam acessá-la. No Brasil é o que não falta, já que é o país com o maior número de advogados por habitante do mundo, sendo, no total, cerca de 1,3 milhões de advogados entre 212,7 milhões de pessoas, de acordo com pesquisa do IBGE (2021, Online)¹⁴. Assim, para cada 164 pessoas se tem um advogado. O segundo colocado no ranking é os Estados Unidos, com 253 pessoas para cada advogado e em terceiro a Argentina com 365 pessoas para cada advogado. Logo, observa-se que o Brasil é o primeiro lugar nesse ranking com considerável vantagem, demonstrando o quão saturado está o mercado de profissionais de direito no Brasil.

Portanto, considerando que *Justice Gap* é a lacuna entre a pessoa possuir um direito e, de fato, exercê-lo, e sendo o Brasil o país com o maior número de advogados por pessoa, o *Justice Gap*, em lógica, deveria ser ínfimo. Entretanto, não é o que ocorre, conforme é demonstrado por meio da análise do Índice de Acesso à Justiça do Conselho Nacional de Justiça.

¹³ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYSZPAN, Mário (Orgs.). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: **Fundação Getúlio Vargas**, 1999. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 15 mai. 2020

¹⁴ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estimativas da População Residente no Brasil e Unidades da Federação. **IBGE**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html>. Acesso em: 19 abr. 2024.

Existem diversos fatores que poderiam ser expostos como explicações para o *Justice Gap* existente no país com maior número de advogados por pessoa. Um exemplo é o linguajar e expressões complexas e de difícil compreensão utilizado por parte dos operadores do Direito, com o uso frequente de mecanismos complexos (Sadek, 2014)¹⁵.

Ainda quanto a isso, os tribunais e ambientes onde se pratica o direito é recheado de cerimônias e formalidades desnecessárias, como as vestes solenes, intimidando a população, o que ajuda o *Justice Gap* a ser mais uma dificuldade do acesso à justiça (Souza, 2013)¹⁶.

Outro fator importante é a ausência de uma maior capacitação e conhecimento de parte dos operadores do Direito em criar um ambiente e uma Justiça mais prática, cotidiana e usual, tendo em vista que, se tratando de acesso à Justiça o enfoque tem que ser dado tanto para o cidadão quanto para o jurista (Macedo; Marques, 2021)¹⁷. No que tange a esse aspecto, uma das principais origens desse problema é a própria formação positivista desses profissionais em muitas instituições de ensino que não colaboram no seu desenvolvimento de um raciocínio jurídico, nem de um senso crítico que contribua para que eles entendam sua função na sociedade (Rodrigues, 1994), possuindo uma educação, diversas vezes, muito pragmática e pouco prática, demasiadamente focada em conceitos e preceitos teóricos.

Com isso, tem-se um problema estrutural no qual se tem muita mão-de-obra, mas que, mesmo assim, não sana o problema do *Justice Gap*. Essa questão é, exatamente, o que o estudo *Global Insights on Access to Justice* promovido pelo Instituto *World Justice Project* (2020, Online)¹⁸, detectou ao realizar sua pesquisa em 101 países, demonstrando que menos de 29% das pessoas que passam por uma situação de *Justice Gap* procuram

¹⁵ SADEK, M. T. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 30 mai. 2014. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/revusp/arti_cle/view/87814. Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁶ SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à Justiça**. Salvador. Editora Dois de Julho, 2013.

¹⁷ MACEDO, Larissa de Alencar Pinheiro; MARQUES, William Paiva Júnior. Acesso à Justiça como enfoque na formação jurídica para as formas consensuais de solução de conflitos. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 7, p. 93-113, 2021.

¹⁸ WJP – *World Justice Project*. *Global Insights on Access to Justice*. Washington, EUA: WJP, 2019. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-A2J-2019.pdf> Acesso em: 19 abr. 2024.

assistência jurídica para tratar seus problemas. Ressalta-se, ainda, que entre essas pessoas que não buscaram auxílio jurídico, somente 1 em cada 3 haviam entendido inicialmente que seu problema era, de fato, um problema legalmente resolvível, já que consideravam, inicialmente, seu problema como má sorte ou problemas do dia a dia.

Assim, percebe-se uma certa ineficácia existente do aparato legal em assistir as pessoas que necessitam dela, tendo em vista que existe uma grande demanda reprimida que não é sanada, mesmo com diversos profissionais no mercado. Isto culmina por gerar um problema que corrói o acesso à justiça e, assim, faz surgir o *Justice Gap* da forma como ele é atualmente.

Finalizando essa questão e com o fito de demonstrar que o profissional do Direito não é o único culpado no presente tópico, existe ainda a problemática cultural com a figura do advogado. Há ainda muita desconfiança entre por parte da população, principalmente os menos esclarecidos que, muitas vezes, evitam buscar um advogado e até mesmo defensores públicos, justamente pela popularização de alguns casos de eventuais desvios éticos e jurídicos sem infalibilidade de penalização para esses profissionais (Souza, 2013). Nessa mesma toada, Cappelletti e Garth (1998, p.8) em sua obra expõem que até 11% das pessoas jamais iriam a um advogado justamente pelos motivos expostos.

De forma complementar, torna-se válido e necessário, ainda, reforçar o efeito da revitimização e importância do advogado no seu combate. O conceito de revitimização, originalmente desenvolvido no âmbito da criminologia e da justiça criminal, refere-se ao fenômeno em que uma vítima de crime, em vez de receber o apoio adequado durante o processo judicial, é exposta a um tratamento insensível e inadequado, resultando em uma nova experiência traumática. Esse fenômeno ocorre, em grande parte, quando o sistema judiciário, em vez de proteger a vítima, acaba por submeter essa pessoa a novas situações de estresse e sofrimento. Rodrigues (2023) explica que, no momento em que o indivíduo mais necessita de acolhimento, respeito e suporte tanto do sistema jurídico quanto da sociedade, ele é

exposto a novas violências, desta vez cometidas por aqueles que deveriam estar resguardando seus direitos, como os membros do poder judiciário.

Assim, têm-se reforçado o papel dos operadores do Direito no combate a revitimização de seus clientes, para evitar que os titulares de direitos criem traumas com o judiciário, o que evitaria sua busca e, por consequência, aumentaria o *Justice Gap*.

3. A (IN)EFETIVIDADE DOS INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS DE ACESSO À JUSTIÇA

A análise A Constituição Federal de 1988 buscou estabelecer formas e mecanismos para assegurar o acesso à justiça, como a gratuidade da justiça, os juizados especiais e o papel do advogado. No entanto, a efetividade desses instrumentos enfrenta desafios significativos na sua prática e dia-a-dia.

A gratuidade da justiça, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, busca atender às pessoas que comprovem insuficiência de recursos financeiros para arcar com as despesas processuais. Apesar disso, a concessão indiscriminada desse benefício tem resultado em litigância de má-fé e sobrecarga do sistema judicial. A falta de critérios uniformes para a análise da hipossuficiência econômica contribui para decisões inconsistentes, dificultando o acesso equitativo à justiça (Neto, 2021). Essa variação nos critérios prejudica a uniformidade do sistema e contribui para o aumento do *Justice Gap*. Assim, uma ação inicial a ser tomada poderia ser a uniformização no âmbito nacional dos critérios a serem seguidos para a concessão da gratuidade da justiça, não obstante, esses critérios deveriam ter revisões constantes para que eles não fiquem destoantes da realidade da população que mais necessita desse benefício.

Continuando a presente análise, os Juizados Especiais, criados para causas de menor complexidade e valor econômico, enfrentam diversos desafios como sobrecarga de processos, o que resulta na demora na resolução de litígios. A percepção de serem uma “justiça inferior” contribui para sua desvalorização, afetando sua efetividade (CNJ, 2019). A falta de infraestrutura

adequada e a escassez de defensores públicos em diversas localidades ampliam as desigualdades no acesso à justiça, bem como a ausência de Juizados Especiais, o que cria o “Rito de Juizado Especial” em comarcas menores, sobrecarregando o, já sobrecarregado, sistema judiciário de comarcas em cidades no interior do Brasil. (CNJ, 2019). Nessa seara, é fundamental munir os Juizados Especiais dos recursos que lhe são, de fato necessários, bem como expandir sua atuação ao redor do Brasil para que ele cumpra seu papel e função social, uma vez que a função social do Juizado Especial é democratizar o acesso à Justiça e dar celeridade a demandas cotidianas.

Finalizando os tópicos abordados, o papel do advogado, como previsto no artigo 133 da Constituição, é considerado essencial para a administração da justiça. Apesar disso, muitos cidadãos evitam buscar assistência jurídica devido à complexidade do sistema e à falta de confiança nos profissionais do direito (Sadek, 2014). A linguagem jurídica rebuscada e as formalidades processuais dificultam o entendimento e o acesso efetivo à justiça, ampliando o “*Justice Gap*” no Brasil. Nesse sentido, as potenciais soluções que, realmente, ajudariam a combater o *Justice Gap* necessitariam de uma intervenção mais profunda, uma vez que perpassa pelo processo educacional e na formação dos operadores do Direito, que saem da faculdade com uma mentalidade litigatória, colaborando para um sistema judiciário sobrecarregado, ao invés de terem uma mentalidade amistosa e buscarem mais soluções extrajudiciais, bem como um Direito mais Fraternal, tal qual presente na doutrina de Eligio Restá, seguindo os princípios do Direito Fraternal que são a solidariedade, a igualdade substantiva e a cooperação. A solidariedade manifesta-se por meio da cooperação entre indivíduos e grupos para alcançar objetivos comuns e promover o bem-estar coletivo (Restá, 2001)¹⁹.

Dessarte, os institutos constitucionais de acesso à justiça sejam essenciais para a proteção dos direitos fundamentais, sua aplicação prática enfrenta desafios significativos. Assim, é necessário repensar e aprimorar as

¹⁹ RESTA, Eligio. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

políticas públicas e as práticas institucionais para garantir que o acesso à justiça seja verdadeiramente universal e efetivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente análise possui teve como finalidade buscar analisar, de forma crítica, os institutos constitucionais direto, ou indiretamente, ligados ao Acesso à Justiça, bem como suas inferências diante do fenômeno do “*Justice Gap*”, buscando destacar os desafios, pontos positivos e negativos existentes no sistema jurídico brasileiro.

Ao longo da presente pesquisa, foi possível observar que os institutos constitucionais de acesso à Justiça, embora longe da perfeição, desempenham um papel crucial na busca pela justiça e na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Dessa forma restou-se evidente que há uma série de desafios a serem enfrentados para garantir uma justiça verdadeiramente acessível, equitativa e efetiva para todos.

O “*Justice Gap*”, caracterizado pela disparidade entre a demanda por justiça e a capacidade do sistema legal de fornecê-la, representa um obstáculo significativo que amplia as desigualdades sociais e compromete a efetividade do sistema de justiça como um todo.

Nesse sentido, é fundamental promover mudanças estruturais e implementar medidas concretas que visem reduzir o “*Justice Gap*” e garantir o acesso à justiça para todos os cidadãos, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural. Isso requer um esforço conjunto entre os diversos atores do sistema de justiça, incluindo legisladores, magistrados, advogados e membros da sociedade civil. É necessário também investir em políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade de acesso à justiça, bem como na capacitação e sensibilização dos profissionais do direito para lidar de forma adequada e eficaz com as demandas e necessidades dos grupos marginalizados.

Em suma, o verdadeiro acesso à justiça só será alcançado quando todos os cidadãos tiverem a oportunidade de ver seus direitos reconhecidos

e protegidos de forma efetiva e em tempo hábil, vide a célebre frase do autor americano Bryan Andrew Garner “*The rule of law means little if people can’t have their day in court*” (Garner, 1995, p.31)²⁰, que, em tradução livre, significaria dizer que o Estado de Direito pouco importa sem o acesso da população as cortes e tribunais. Sendo este um objetivo que demanda compromisso contínuo e esforços integrados dos mais diversos atores sociais, mas cada vez mais tem se tornado fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Somente através de um compromisso sério e coletivo com a justiça social e a equidade podemos superar os desafios existentes e construir um sistema jurídico mais justo e democrático. Por fim, é importante ressaltar que este estudo representa apenas um ponto de partida para reflexões mais profundas sobre o tema. Novas pesquisas e debates são necessários para ampliar nossa compreensão dos desafios e das soluções relacionadas à efetividade dos institutos processuais civis e ao acesso à justiça, contribuindo assim para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO et al. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1909

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 19 abr. 2024.

¹⁹ RESTA, Eligio. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2001. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acesso em: 25 jan. 2025.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 25. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Estudo revela realidade e desafios dos Juizados Especiais**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estudo-revela-realidade-e-desafios-dos-juizados-especiais/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 4. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSZPAN, Mário (Orgs.). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: **Fundação Getúlio Vargas**, 1999. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 15 mai. 2020.

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

GARNER, Bryan A. **Elements of Legal Style**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos**

processos. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual

do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativas da População Residente no Brasil e Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html>. Acesso em: 19 abr. 2024.

LACUNA. In: DÍCIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/lacuna/>>. Acesso em: 19 abr. 2024.

MACEDO, Larissa de Alencar Pinheiro; MARQUES, William Paiva Júnior. Acesso à Justiça como enfoque na formação jurídica para as formas consensuais de solução de conflitos. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 7, p. 93-113, 2021.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Seção IV. Da Gratuidade da Justiça In: MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo (SP): Editora **Revista dos Tribunais**. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-de-processo-civil-comentado/1314940822>. Acesso em: 25 jan. 2025

NETO, Lourival Ferreira de Carvalho. A incredulidade jurisdicional diante do direito à gratuidade da Justiça no Brasil. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-02/opiniaodireito-gratuidade-justica-brasil/>. Acesso em: 25 jan 2025.

PEREIRA, Carolina Braga. Crítica ao benefício da gratuidade na justiça: uma análise da reforma trabalhista de 2017. **Universidade Federal da Bahia**.

2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/37606/1/CAROLINA%20BRAGA%20PEREIRA.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2025.

PORTELA, Guilherme Vieira; SANTOS, Layane Dias. A Evolução Histórica do Acesso à Justiça. **JusBrasil**, 31 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41399/a-evolucao-historica-do-acesso-a-justica>. Acesso em: 25 jan. 2025.

RESTA, Eligio. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Cintia. Revitimização: conceito e entendimentos. Online, 2023. **JusBrasil** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/revitimizacao-conceito-e-entendimentos/1878130268#:~:text=%C3%89%20um%20conceito%20utilizado%20pela,o%20processo%20de%20justi%C3%A7a%20criminal>. Acesso em: 12 jan 2025.

SADEK, M. T. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 30 mai. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>. Acesso em: 03 set. 2022.

SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à Justiça**. Salvador. Editora Dois de Julho, 2013.

SILVA, José Carlos de Souza; SILVA, Maria Aparecida de Souza. A Eficiência dos Juizados Especiais Estaduais Brasileiros e sua Evolução: uma análise utilizando Análise Envoltória de Dados (DEA) e Índice de Malmquist. **Revista Brasileira de Economia**, v. 73, n. 4, p. 453-474, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbe/a/PTgT6j3m7hyJvRdN55KNfxK/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIANA, Juvencio Vasconcelos. **Juizados especiais cíveis a partir de seu perfil constitucional**. Universidade Federal do Ceará. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12002>. Acesso em: 18 abr. 2024.

WJP – **World Justice Project**. *Global Insights on Access to Justice*. Washington, EUA: WJP, 2019. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-A2J-2019.pdf> Acesso em: 19 abr. 2024.
WJP – **World Justice Project**. *Measuring the Justice Gap*. Washington, EUA: WJP, 2019. Disponível em: [https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_ Measuring%20the%20Justice%20Gap_final_20Jun2019_0.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Measuring%20the%20Justice%20Gap_final_20Jun2019_0.pdf). Acesso em: 19 abr. 2024.

A Personalidade Jurídica *Sui Generis* das Organizações Sociais e a ADI 1.923/DF

Thiago Fragozo Queiroz¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A personalidade jurídica das Organizações Sociais. 3. A constitucionalidade na ADI 1.923/DF. 4. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A modernidade tem trazido novas formas de prestação de serviço público por parte do Estado, prestações essas comumente executadas por entes distintos da administração direta, sob o argumento de terem mais eficiência e flexibilidade. Dentre esses entes, o mais comum tem sido as Organizações Sociais.

De acordo com o IPEA (2025)², que mantém uma plataforma de consulta em tempo real, atualmente existem 1.990 Organizações Sociais qualificadas no Brasil. Essa quantidade cada dia mais crescente tem gerado um número também crescente de controvérsias judiciais, especialmente em decorrência das dúvidas que pairam sobre a personalidade jurídica destas entidades.

As controvérsias têm origem na proposta de Bresser (1995)³ de criar algo que é público, mas não é estatal, ao que ele chamou de *público*

¹ Advogado e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Link de lattes: <http://lattes.cnpq.br/7788486939868339>. Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3457-2987>. E-mail: thiago.tfq@gmail.com

² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mapas das Organizações da Sociedade Civil. IPEA. Disponível em: <https://mapaosci.ipea.gov.br/mapa-busca-avancada>, Acesso em: 21 jan. 2025.

³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 1, n. 36, p. 85-104, 1 jan. 1995. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64451995000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/>. Acesso em: 04 mar.

não-estatal. Até então, o mundo jurídico estava acostumado a lidar com o público e com o privado, mas essa nova proposta passou a abrir novas possibilidades e a criar novas situações jurídicas controvertidas.

Quando a propriedade pública está subordinada ao aparelho do Estado ela é estatal. Temos outras formas de propriedade pública. Há toda uma série de formas de propriedade que podem ser definidas como públicas não-estatais. Públicas porque orientadas para o interesse público, porque são propriedades de todos os cidadãos, mas não-estatais porque não fazem parte do aparelho do Estado (Bresser, 1995, p. 6).

A proposta defendida por Bresser Pereira virou pauta principal do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE, que teve sua divulgação oficial à sociedade em novembro de 1995. Pouco tempo depois, essa entidade pública não-estatal, que é gênero, ganhou uma espécie, denominada de Organização Social. A positivação desse instituto no ordenamento jurídico se deu através da publicação da Lei 9.637 de 1998.

A referida Lei não faz menção ao termo “público não-estatal”, o que resulta em dúvida se o legislador quis manter a ideia original de Bresser Pereira de que a Organização Social não deveria compor o aparato estatal. Isso se reforça pelo fato da Lei prever a possibilidade de extinção do órgão ou entidade pública e sua substituição por parte da Organização Social, bem como a absorção de suas atividades. O termo *substituição* traz consigo a ideia de que o novo ente irá ocupar o lugar que o anterior ocupava.

Por outro lado, a Lei nº 9.637/98 trouxe um termo novo ao ordenamento jurídico, posto ter instituído um processo chamado de publicização, mas optou em não detalhar a natureza deste processo, tendo delegado a sua regulamentação ao Decreto do Chefe do Poder Executivo, mantendo o termo vago e sem substância jurídica.

Dessa forma, a Lei deixou diversos pontos em aberto sobre a personalidade jurídica dessa entidade. Essa indefinição tem causado diversos problemas jurídicos e processuais, posto não se saber a quais regras essa nova entidade deve ser submetida.

É sabido que as Organizações Sociais provêm de organizações com personalidade jurídica privada, especificamente as associações civis e fundações, mas a pergunta que este trabalho busca responder é qual a personalidade jurídica dessa entidade após ela ser qualificada como Organização Social pelo Poder Público, bem como qual a posição a mesma ocupa em relação ao aparato estatal.

Nos termos da Lei, ao passar pela publicização, a entidade é qualificada como Organização Social, absorve as atividades de um ente ou órgão público que pode ser extinto, e o substitui. Observemos estes termos constantes na Lei, todos interconectados num processo inaudito no ordenamento jurídico: publicizar, qualificar, absorver e substituir.

Dessa forma, o presente trabalho irá, inicialmente, investigar qual o significado jurídico desses novos termos, cujo objetivo é entender se o legislador quis seguir a proposta inicial do PDRAE em manter a Organização Social fora do aparato estatal, bem como inquirir qual a personalidade jurídica desta entidade. Após isso, será investigado a constitucionalidade dessa opção legislativa tendo como pano de fundo a ADI 1.923/DF.

2 A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As Organizações Sociais são provenientes de entidades do terceiro setor, cujo ato constitutivo é, inicialmente, como Fundação ou como Associação Civil. Após serem constituídas, poderão optar por buscar qualificar-se como Organização Social.

Figura 01 - Organizações do Terceiro Setor.



Fonte: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2019).

A origem do terceiro setor no Brasil passa, necessariamente, por entender suas raízes nas organizações civis popularmente conhecidas como ONGs - Organizações Não Governamentais. Elas são anteriores até mesmo ao Código Civil de Clóvis Beviláqua - que foi o responsável por positivar em nosso ordenamento jurídico a possibilidade da criação de associações civis e fundações.

A atuação das ONGs já existia no Brasil com raízes que remontam à época colonial, com a presença de irmandades religiosas, associações

beneficentes e outras instituições de caridade, principalmente ligadas à Igreja Católica. O Código Civil de 1916 apenas regulamentou aquilo que já existia no mundo fático, dando forma jurídica ao que já ocorria no cotidiano do Brasil.

O conceito de terceiro setor, conforme Santos (2001, p. 250-251)⁴, é o “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

O primeiro setor é o próprio Estado, que executa direta ou indiretamente atividades de interesse social com titularidade pública, podendo ser exclusivas ou não exclusivas. O segundo setor aparece quando organizações mercantis privadas recebem do Estado o dever de executar determinadas atividades de relevância pública - via de regra, mediante licitação. Observou-se, no entanto, que por mais que seja feito o procedimento licitatório em busca do melhor preço, as organizações privadas buscam fins econômicos, o que gera encarecimento do serviço prestado por se agregar o componente lucro ao preço, que se torna um problema especialmente nos casos em que é repassado ao cidadão na forma de tarifa. Diante dessa realidade, o terceiro setor emerge como uma consequência necessária dessa contradição, pois era preciso unir a eficiência da iniciativa privada com o ânimo em prestar serviços públicos sem visar lucro.

A Organização Social é uma espécie de descentralização da administração pública. No Brasil, os primeiros fenômenos de descentralização começam a ser observados no chamado período reformador da Administração Pública, que, por mais paradoxal que pareça, inicia-se na época da ditadura militar. O marco desse período é a promulgação do Decreto-Lei 200/1967 que dispõe sobre uma reforma administrativa que busca essencialmente descentralizar atividades através da instituição da administração indireta por meio de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista,

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília, DF: Enap, 2001. p. 243-271.

e fundações públicas - por bem da verdade, as fundações públicas entraram apenas posteriormente por meio de nova redação dada pela Lei 7.596/87.

Conforme Di Pietro (2022)⁵, se o legislador tinha por objetivo descentralizar os serviços pelo critério atividade (sentido objetivo), esqueceu de incluir as permissionárias e concessionárias, que à época já existiam em legislação anterior à Lei 8.987/95, como por exemplo no Código das Águas e na Lei 2.004/53. Por outro lado, incluiu as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que não exercem atividades típicas de Estado, mas atuam no domínio econômico, âmbito que a Administração Pública só deve atuar em caráter excepcional.

O Curso de Direito Administrativo do Moreira (2014)⁶ apresenta a seguinte divisão das formas de descentralização na administração pública:

Figura 02 - Entes Administrativos

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE INTERESSES PÚBLICOS	EXECUÇÃO DIRETA Pessoas Estatais constitucionais	DIREITO PRÓPRIO
	EXECUÇÃO INDIRETA Pessoas Estatais infraconstitucionais	OUTORGA AUTÁRQUICA
		DELEGAÇÃO PARAESTATAL
ADMINISTRAÇÃO PRIVADA DE INTERESSES PÚBLICOS	EXECUÇÃO ASSOCIADA Pessoas extraestatais privadas	PARCERIA
		COLABORAÇÃO

Fonte: Curso de Direito Administrativo (2014)

Como se vê na Figura 02, percebe-se que a posição que a entidade ocupa na administração pública depende de como essa entidade recebe a atividade descentralizada, se por delegação ou por outorga, e se sua personalidade jurídica é privada ou pública.

A outorga é restrita às entidades autárquicas, onde é transferido ao novo ente criado tanto a titularidade quanto a execução do serviço,

⁵ DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, RJ. Forense, 2022.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 2014.

restringindo o ente originário à simples tutela, nos limites previstos na Lei do ente criado.

Nos demais casos, existe a transferência por delegação, que assim assinala Moreira (2014, p. 250): “A delegação caracterizará todas as modalidades privadas da chamada execução indireta da administração pública, instituída sempre por um instrumento jurídico”. Portanto, até mesmo a parceria e a colaboração são um tipo de delegação, cuja característica é a mera transferência da execução do serviço, mantendo a titularidade do mesmo com o ente público, que terá ampla autonomia sobre o serviço de acordo com o instrumento jurídico que instituiu o vínculo.

Todavia, nas Organizações Sociais, a Lei nº 9.637/98 usa um termo diferente para tratar da transferência de atividades ao novo ente. O termo utilizado é *absorção*, termo este estranho aos termos técnicos normalmente utilizados para a descentralização de atividades à administração indireta ou associada.

O termo absorção está diretamente ligado ao termo publicização. Sobre este termo, a ideia que o preconiza está no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE, encabeçado pelo Min. Carlos Bresser:

Neste plano, entretanto, salientaremos um outro processo tão importante quanto, e que entretanto não está tão claro: a descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica. Chamaremos a esse processo de “publicização”. [...] Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. (Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 17-18).

É possível extrair do PDRAE que a intenção da publicização era: a) descentralizar ao setor público não-estatal; b) atividades não-exclusivas de Estado; c) estabelecendo um sistema de parceria entre Estado e sociedade.

É importante investigar esse significado no PDRAE porque a Lei nº 9.637/98 não o desenvolve com a amplitude que deveria, se restringindo a dizer em seu Art. 20 que o Plano Nacional de Publicização - PNP, a ser instituído por Decreto, deve estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação a fim de assegurar a “absorção” das atividades. Isto é, o processo de publicização que qualifica a Organização Social não outorga ou delega a atividade, tendo em vista que ela é absorvida. É como se o fenômeno jurídico da publicização absorvesse, isto é, “puxasse” as atividades para quem é de direito.

Ainda sobre a publicização, para se perquirir se o seu processo realmente torna pública a personalidade jurídica das Organizações Sociais, é necessário averiguar quais são as características de uma entidade com personalidade jurídica pública.

Di Pietro (2022), citando Celso Antônio Bandeira de Mello, no que é seguido por Lúcia Valle Figueiredo, aponta critérios buscando caracterizar as pessoas públicas e as pessoas privadas constituídas por particular, conforme a seguir:

Pessoas Privadas:

1. origem na vontade do particular;
2. fim geralmente lucrativo;
3. finalidade de interesse particular;
4. liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir seus próprios fins;
5. liberdade de se extinguir;
6. sujeição a controle negativo do Estado ou a simples fiscalização (poder de polícia);
7. ausência de prerrogativas autoritárias.

Pessoas Públicas:

1. origem na vontade do Estado;
2. fins não lucrativos;

3. finalidade de interesse coletivo;
4. ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos;
5. impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade;
6. sujeição a controle positivo do Estado;
7. prerrogativas autoritárias de que geralmente dispõem.

Ocorre que as Organizações Sociais, ao serem qualificadas pelo Estado como tais, aparecem com praticamente todas as características indicadas para as pessoas públicas. Senão, vejamos:

1. embora tenham sua criação na vontade da sociedade civil, posto serem criadas como Associações ou Fundações, após terem sua qualificação conferida pelo Estado, passam a ter a sua origem na vontade do Estado, conforme Lei 9.637/98, que prevê a qualificação da Organização Social por ato do Poder Executivo;

2. seus fins não são lucrativos;

3. sua finalidade é o interesse coletivo, conforme as seguintes atividades previstas em Lei: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;

4. não há liberdade na fixação ou modificação dos seus fins, visto que os fins da Organização Social e a obrigação de cumprir seus escopos estão previstos nas atividades do art. 1º, Lei 9.637/98, bem como no Contrato de Gestão, que é o instrumento para regular a forma de prestação dessas atividades;

5. a desqualificação se dá por ato unilateral do poder público, desde que havendo descumprimento do Contrato de Gestão, assegurado o contraditório e ampla defesa;

6. o controle do Estado se dá pela participação deste no conselho de administração da Organização Social e pelas diretrizes delimitadas no Contrato de Gestão.

7. esse é o único ponto que é observado em menor medida nas Organizações Sociais, mas que ainda pode ser visto. Alguns exemplos podem ser citados, como na área da saúde, pelo poder de autoexecutoriedade, pode-se haver internação forçada em hospitais mentais; em procedimentos de aquisição de bens e serviços e de seleção de pessoal, pode-se observar o poder de autotutela ao revisar os próprios editais.

Sobre o polêmico ponto sete, Moreira (2007)⁷, parafraseando o doutrinador francês Jean Rivero (1981), assevera ser perfeitamente possível a aplicabilidade das prerrogativas autoritárias às Organizações Sociais:

Registrando, esse autor, ser hoje frequente “ver pessoas coletivas privadas assumir a gestão de um serviço público”, **até mesmo com “prerrogativas de poder público”**, como o beneficiarem-se da desapropriação, fazer cobranças por via autoritária e baixar regulamentos, o que “poderia confirmar a existência de uma nova categoria de pessoas coletivas públicas inominadas” (Moreira Neto, Organizações Sociais de Colaboração Administrativa, p. 189, grifos nossos).

Curiosamente, apesar da Organização Social cumprir todos os requisitos por ela elencados, a própria Di Pietro (2022), mais adiante em sua obra, ao tratar especificamente das Organizações Sociais, não reconhece que há uma transmutação completa da personalidade jurídica para o regime público.

O regime jurídico da entidade qualificada como organização social é de direito privado, não sendo razoável imprimir-lhe tratamento igual ao da Administração Pública, sob pena de perder qualquer justificativa a utilização do modelo. No entanto, o regime privado é **parcialmente derogado pelo direito público**, não só em decorrência do vínculo que se estabelece com o poder público, como também pelo fato de envolver prestação de serviço público e administração de recursos públicos. (Di Pietro, Direito Administrativo, p. 1507, grifos nossos)

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Organizações sociais de colaboração administrativa. Mutações do direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Notadamente, fica claro que Di Pietro lança mão de um argumento meramente consequencialista⁸ ao afirmar que o motivo de não poder dar igual tratamento a um ente da Administração Pública é estar “sob pena de perder justificativa a utilização do modelo”.

Ora, não se pode usar apenas a consequência prática como forma de se perquirir ontologicamente a existência de um conceito jurídico. Felizmente, a ilustre doutrinadora ao menos reconhece que há uma derrogação parcial ao direito público.

Seguindo a mesma toada, Moreira (2014) classifica as Organizações Sociais como entidades “intermédias”, conforme a seguir:

Tais entidades já não se afiguram nem totalmente estatais nem totalmente privadas, coparticipando, simultaneamente, da natureza pública e da privada, daí sua submissão a diversas modalidades de regimes híbridos já existentes e em surgimento. (Moreira Neto, Curso de Direito Administrativo, p. 889)

Dessa forma, é possível perceber que a doutrina concebe a Organização Social como tendo personalidade jurídica *sui generis*, posto que, embora nascida na vontade privada, se transforma, isto é, se publiciza em ente público, possuindo característica mista em relação ao público e ao privado.

Outra questão que chama atenção é que o PDRAE, ao explicar a publicização, utiliza o termo público não-estatal para se referir à entidade objeto da publicização. Moreira Neto (2014, p. 100) afirma que esse é um conceito jurídico “ainda em desenvolvimento”. Em geral, se afirma que o termo se aplica porque são entidades que prestam serviços públicos, mas que não compõem a Administração Pública.

O que não fica claro é se ao se consumir o processo de publicização a entidade permanece como pública não-estatal ou se efetivamente se torna uma entidade estatal. O legislador, na Lei 9.637/98 não deixou isso claro,

⁸ Segundo Georges Abboud (2019, p. 1), os argumentos consequencialistas são “uma colonização da argumentação jurídica pelo discurso eficientista, pragmatista ou congênere que, de algum modo, coloque no centro da atividade decisória a realização de determinadas consequências práticas, no mais das vezes pouco ou nada lastreadas em elementos empíricos”

sequer tendo citado o termo público não-estatal. Ocorre que pela própria semântica da palavra publicização, infere-se que remonta à ideia de “tornar público” o que originalmente não era público, por isso as atividades são “absorvidas” e não delegadas.

No que se refere à posição ocupada pela Organização Social na Administração Pública, o Decreto 9.190/2017, que estabelece o PNP, prevê que a absorção deve ocorrer para que haja uma substituição direta do Estado (Art. 7º, § 1º, IV). O contexto indica o *absorver* como forma de *engolir* o ente público estatal, assumindo o seu lugar dentro do corpo da administração pública. Tanto é verdade, que o PNP estabelece a possibilidade de não só absorver as atividades, mas também equipamentos públicos e servidores: “as condições específicas da absorção das atividades, tais como a cessão de imóveis e outros bens materiais e de servidores envolvidos na atividade em processo de publicização, se for o caso” (Art. 10, IV).

Inclusive, a Lei de Qualificação das Organizações Sociais da Cidade de Fortaleza, Lei 8.704 de 2003, vai mais afundo que a Lei Federal e detalha procedimentos para a “extinção de entidade, órgãos ou unidade administrativa” (Art. 18, Caput), mediante criação de comissão de publicização, visando a absorção de suas atividades por Organizações Sociais em “substituição à atuação direta do Poder Público municipal” (Arts. 18º a 20º, Lei 8.704/2003).

Com o objetivo de deixar ainda mais evidente que houve substituição ao poder público, a referida Lei Municipal prevê: “A Organização Social que tiver absorvido as atribuições da entidade, órgão ou unidade extinta **poderá adotar os símbolos designativos destes**, seguidos da identificação ‘OS.’ ” (Art. 18, IV, grifos nossos).

Sobre a posição ocupada pelas entidades associadas em relação à Administração Pública, Moreira (2014) percebe não poder inseri-las dentro do conceito de paraestatais e as insere dentro do conceito de entidades extraestatais. Em suas palavras:

Isso assentado, as entidades da administração associada extraestatal, como a própria denominação já o indica, caracterizam-se pela

personalidade de direito privado e por se destinarem à execução da administração privada de interesses públicos, atuando em relações associativas de parceria ou de simples colaboração com o Estado. (Moreira Neto, Curso de Direito Administrativo, p. 470)

No entanto, em nosso entender, não é possível incluir as Organizações Sociais dentro do conceito de extraestatais, visto que as extraestatais se caracterizam por uma atuação “pelo lado de fora” da administração pública, tendo personalidade jurídica de direito privado que, como já visto, não é o caso das Organizações Sociais, que no mínimo tem personalidade jurídica híbrida. As extraestatais são, na verdade, organizações externas ao poder público, geralmente Associações ou Fundações não qualificadas, mas que atuam em colaboração com o Estado por meio de termo de parceria.

A Organização Social, quando qualificada como tal, é publicizada e, portanto, assume características de ente público, intentando tornar-se pública. Ela não recebe atividades através de delegação ou outorga, mas através de absorção. Ela não ocupa um espaço lateralizado aos órgãos públicos da administração direta, ela os substitui. Não estando lateralizado, não é paralelo ao ente e, portanto, não é paraestatal. Não estando do lado de fora, não é extraestatal. É necessário, portanto, que seja cunhado um novo termo que identifique a posição das Organizações Sociais.

Em nosso entendimento, o termo adequado a ser utilizado é o de entidade *intraestatal*. O termo pode parecer uma tautologia, pois se está dentro da administração direta, simplesmente seria administração direta. Porém, a Organização Social não faz parte da administração direta desde a sua gênese, não nasceu como tal. Ela está dentro tendo entrado depois. Sendo assim, ela se imiscuiu, se intrometeu. É, portanto, *intraestatal*.

É uma simbiose dentro do corpo administrativo. O termo, que vem do grego, *sym* (junto de) e *bios* (vida), denota uma relação em que dois seres vivos de espécies diferentes vivem em associação íntima, beneficiando-se de alguma forma. É semelhantemente isso o que acontece na relação entre administração pública e Organização Social. Esta, sendo um corpo diferente,

entra no corpo administrativo daquela, usando-o (equipamentos, servidores e orçamento) visando um benefício mútuo. Para que essa inserção seja possível, a Organização Social precisa tomar a forma pública para que o corpo não a rejeite, por isso a necessidade do processo de publicização.

Ao comentar sobre o termo publicização, Nohara (2012, p. 79)⁹ o chama de “paradoxal”. Segundo sua análise, é paradoxal delegar atividades a um ente privado e, contraditoriamente, chamar esse movimento de publicização. E, de fato, se a atividade pública é transferida ao privado, há privatização e não publicização.

Todavia, mais uma vez não se entendeu que o movimento é o contrário. Não é a atividade que vai ao ente privado, é o ente privado que ganha feições públicas e entra no corpo administrativo, absorvendo suas atividades ao substituir o ente/órgão. Logo, o termo publicização não é paradoxal, é, na verdade, extremamente preciso em seu significado, posto que intenta transformar o que é privado em público.

3 A CONSTITUCIONALIDADE NA ADI 1.923/DF

Naturalmente, esse artifício jurídico gerou questionamentos constitucionais. A Lei nº 9.637/98 foi alvo de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs): a ADI 1.923/DF¹⁰, de relatoria do Ministro Ayres Britto e a ADI 1.943/DF, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki. A ADI 1.943/DF foi extinta sem resolução de mérito em razão de ter sido sobrestada para aguardar o julgamento da ADI 1.923/DF, posto que esta já exauria toda a discussão da matéria proposta na anterior.

A alegação dos autores da ADI podem ser resumidas da seguinte forma: i) ofensa ao dever de prestação do Estado ao possibilitar a transferência completa das atividades de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência; ii) violação à impessoalidade no

⁹ NOHARA, Irene. **Reforma Administrativa e Burocracia**. São Paulo, SP. Editora Atlas, 2012.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2025. BRASIL. ADI 1.923/DF.

processo de qualificação e interferência indevida do Estado em associações; iii) descumprimento do dever de licitação; iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal; v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores cedidos; vi) possibilidade de insubmissão ao TCU e ao MP.

O ponto da discussão que interessa à análise deste trabalho se restringe ao que foi delimitado no primeiro item, posto que mesmo que não entre diretamente na discussão sobre a personalidade jurídica, o tema é tangenciado e tratado indiretamente, visto desenvolver uma discussão sobre a transferência das atividades e suas implicações.

Toda a discussão dos demais pontos depende do entendimento sobre o primeiro. Eis a alegação dos autores da ADI, nas palavras do Relator, sobre o primeiro ponto:

Tudo mediante um “modelo mal acabado de transferência de responsabilidades públicas a entes privados”. Entes que, por não prescindirem da atuação subsidiária do Poder Público, terminam por **se transmutar em pessoas funcionalmente estatais, porém despidas da “roupagem” que é própria do regime de direito público.** (ADI 1.923/DF, Ministro Relator Ayres Britto, p. 11, grifos nossos)

Como pode ser visto, o Ministro Relator reconhece que há uma “transmutação” de pessoas privadas em pessoas estatais, ainda que tenha incluído o termo “funcionalmente”, que remete ao entendimento que essa transmutação é apenas funcional, mas não da personalidade jurídica propriamente dita. O problema é que, como será visto no decorrer da análise do acórdão, essa discussão não foi aprofundada pelos Ministros. Não houve uma análise do que ocorre com a personalidade jurídica da Organização Social no ato da publicização, que é quando se qualificam como tais. A discussão se reduziu ao debate sobre: i) se pode haver delegação das atividades, o que demanda uma análise se elas são ou não exclusivas de Estado; e ii) em sendo não exclusivas de Estado, qual será o quantum dessa delegação - ou seja,

se seria possível delegar a totalidade das atividades, extinguindo o ente ou órgão público original.

Inicialmente, os ministros buscaram entender se a Constituição autoriza que o Poder Público descentralize as atividades descritas no Artigo 1º da Lei nº 9.637/98, a saber: atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Para que a descentralização seja possível, é preciso que se investigue se esses serviços podem ser definidos como serviços exclusivos de Estado ou não. As atividades que só podem ser executadas de forma exclusiva pelo Estado são aquelas que a Constituição afirme categoricamente que somente o Poder Público pode executar. Dessa forma, os ministros analisaram se a Constituição abre margem para a participação de entidades privadas na execução das atividades do art. 1º. Vejamos alguns exemplos da Constituição de 1988:

Art. 199. A assistência à saúde é **livre à iniciativa privada**

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e **incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 216. (...)

§ 1º. O poder público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Art. 227. É dever da família, **da sociedade** e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esses e outros exemplos da Carta Magna foram usados para demonstrar a clara possibilidade desses serviços serem executados em colaboração com a sociedade. Dessa forma, não são considerados Exclusivos de Estado, mas de relevância pública. A relevância pública dessas atividades não impede que elas sejam executadas por uma organização privada, pois o fato de um ente privado a executar não muda a natureza pública da atividade.

O segundo ponto, este sim controverso, envolveu a discussão que tratava de entender qual o nível possível da delegação dessas atividades. Por nível, deve ser verificado o quantum da delegação e a forma da execução dessa delegação.

Sobre a quantidade, buscou-se discutir objetivamente, numericamente, percentualmente, o quanto dessas atividades podem ser delegadas. Seria possível que, por exemplo, a delegação ocorresse de tal forma que o poder público seja completamente substituído?

Sobre a forma, buscou-se discutir como esses serviços devem ser executados. O que é executar uma atividade em parceria? Um ente fiscaliza e o outro executa? Ou para que seja considerado parceria os entes precisam executar a mesma atividade concomitantemente? Ou ainda, a execução fica dividida por tipo de atividade, onde a atividade-fim ficaria a cargo de um ente e os processos meramente administrativos ficariam a cargo do outro ente?

Nesse ponto da discussão, houve grande divergência. O eminente relator Min. Ayres Britto considerou o seguinte:

Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode **transferir para a iniciativa privada** toda a prestação de serviços públicos (...). A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos. (ADI 1.923/DF, Ministro Ayres Britto, grifos nossos)

Apesar da doutrina considerar que a personalidade jurídica das Organizações Sociais é híbrida, fica claro que o Ministro já parte do pressuposto que se trata de trespassar à iniciativa privada sem, todavia, ter discutido a questão da personalidade jurídica, se atendo apenas à questão relativa às atividades serem exclusivas ou típicas de Estado. Ao que continua:

A se ter como válida a mencionada “absorção”, nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos oficiais de ensino, serviços públicos de saúde, etc. Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa **não integrante da Administração Pública**. Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente apenas indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição Federal. O que de pronto me leva a julgar inconstitucionais os arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98. (ADI 1.923/DF, Ministro Ayres Britto, grifos nossos).

Mais uma vez percebe-se que o Ministro já tem como ideia à priori que a Organização Social não integra a Administração Pública. Sua argumentação se concentra na preocupação em haver uma “extinção” de todos os estabelecimentos públicos, mas não entra na discussão do porquê a Organização Social não pode ser considerada como estabelecimento público, visto que a intenção da Lei é justamente publicizá-la.

Por outro lado, o Min. Luiz Fux divergiu do Relator, conforme a seguir:

Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade. (ADI 1.923/DF, Ministro Luiz Fux)

O que se extrai do argumento do Min. Luiz Fux é que o quantum da delegação fica à cargo da opção política feita pela sociedade através do representante eleito. Ele é quem vai definir se a concentração estatal será máxima ao ponto de não haver descentralização alguma ou, por outro lado,

poderá optar por uma ampla descentralização, deixando com a administração pública direta apenas o papel de direcionamento, de fomento, de regulação e de fiscalização. Escolher este último não fará do Poder Público um não-executor, mas apenas mudará a forma qualitativa da execução.

Enquanto a discussão caminhava para buscar um meio termo razoável de forma a adequar à Lei 9.637/98 à Constituição, o Min. Marcos Aurélio defendeu dar provimento a quase tudo o que estava sendo questionado na ADI 1.923/DF. Ele fundamenta a sua argumentação no fato da Constituição ter escolhido a forma de governo como sendo República (Art. 1º, CF). Segundo o Ministro, a República, em contraposição à Monarquia, entrega a responsabilidade da coisa pública ao Poder Público. Sendo assim, não é possível que uma organização privada gerencie ou execute a atividade pública.

Como forma de reforçar sua sustentação, o Min. Marcos Aurélio cita o renomado doutrinador Celso Bandeira de Mello, que diz:

Assim, os serviços trespessáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação se constitui em 'dever do Estado', conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de 'adjudicá-los' a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita dos encargos que a Constituição lhe irrogou. (Curso de direito administrativo, 28a edição, 2010, p. 241).

Assim, em resumo, o que se depreende de toda discussão da ADI 1.923/DF é que em nenhum momento os ministros se propuseram a discutir qual é a personalidade jurídica das Organizações Sociais ou a sua posição ocupada na administração pública. A discussão inteira foi pautada se era possível ao poder público delegar as atividades do Art. 1º ao particular e sobre o quantum dessa delegação. Todavia, em nenhum momento se questionaram: a) se uma Organização Social, ao ser qualificada e publicizada, continua sendo um particular; b) qual a diferença entre delegação e absorção

de atividades; e c) qual a posição ocupada pela Organização Social dentro da Administração Pública quando ela substitui o órgão ou entidade pública.

Parece que passou despercebido aos ministros que a Lei 9.637/98 usa termos que colocam as Organizações Sociais numa posição *sui generis*, especialmente no que se refere à publicização da sua personalidade jurídica e à forma de descentralizar suas atividades, por meio da absorção. Ora, se não se trata de um ente privado, mas sim se um ente publicizado, e se as atividades não estão sendo delegadas, mas sim absorvidas, a discussão sobre os serviços serem ou não exclusivos de Estado se torna inócua, visto que a Lei propõe que a Organização Social é o próprio Estado, publicizado, em modelo simbiótico, *intraestatal*.

De qualquer forma, a interpretação da Suprema Corte seguiu o entendimento do Min. Luiz Fux, deixando a decisão do quantum da delegação nas mãos da sociedade ao escolher seu representante. O entendimento dá maior prevalência ao princípio da eficiência, que está explícito na Constituição Federal (Art. 37) e que, por sua vez, abrange os subprincípios da celeridade, economicidade, planejamento e eficácia (Art. 5º, Lei nº 14.133/2021).

Naturalmente, quando se dá prevalência a um princípio, outros precisam ter sua efetividade reduzida. Foi exatamente o que ocorreu na decisão final do acórdão, que restou como vencedor o entendimento do Ministro Luiz Fux, asseverando que todos os procedimentos de qualificação e celebração de contratos de gestão devem seguir minimamente os princípios de publicidade, impessoalidade e objetividade. Os mesmos princípios devem ser seguidos para a seleção de trabalhadores e aquisição de bens e serviços. Foram firmados seis pontos de observância no acórdão, conforme a seguir:

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei no 9.637/98;

(ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;

(iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei no 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei no 9.637/98, art. 12, § 3o) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;

(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

(v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas. Relator Min Ayres Britto.

(Acórdão 16/04/2015, ADI 1.923/DF. BRASIL).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a personalidade jurídica das Organizações Sociais e qual posição a mesma ocupa na administração pública é de extrema relevância em razão da repercussão jurídica do tema. Há alguns, como Moreira Moreira Neto (2014), que apontam um pensamento distinto sobre essa importância:

Essas descentralizações sociais unilaterais, instituídas pelos denominados atos de reconhecimento, já se encontram profusamente contempladas na Constituição de 1988 e em sede infraconstitucional. Todavia, em razão de sincretismos jurídicos, mais comuns na atualidade, pode-se até identificar certa tendência para seguir-se a linha institucional de inspiração anglo-saxônica, **em que não se empresta relevância à distinção entre a personalidade de direito público e de direito privado**, instituídas, que são, sob as mais variadas formas (administrations, authorities, agencies, commissions, boards etc.) para o exercício de atividades administrativas públicas específicas. (Moreira Neto, Curso de Direito Administrativo, p. 890, grifos nossos)

Todavia, a proposta da doutrina em caracterizar as Organizações Sociais como uma entidade com personalidade jurídica híbrida a coloca num limbo jurídico extremamente perigoso, posto que dessa forma não se sabe exatamente a qual regime jurídico ela se submete para fins processuais.

Pode-se citar, apenas para exemplificar, que em uma rápida pesquisa se observa uma grande quantidade de ações judiciais em que se impetram Mandado de Segurança em face de atos de Organizações Sociais em seus procedimentos de aquisição de bens e serviços, os quais são denegados sem análise de mérito sob a alegação de ilegitimidade passiva, tendo em vista que a ADI 1.923/DF não reconheceu as Organizações Sociais como ente público e nem as submeteu à Lei de Licitações, embora as tenha submetido aos seus princípios gerais.

Na prática, o que ocorre é que o ente da administração direta usa a Organização Social como um “atravessador” para adquirir bens e serviços em montantes que, por vezes, são milionários, fazendo uso de procedimentos licitatórios simplificados. Isto não é necessariamente algo ruim, visto que o controle contábil e de legalidade continua sendo feito, respectivamente, pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público. Todavia, estes órgãos não são responsáveis pelo controle individual do direito do participante, cujo remédio constitucional consagrado deveria ser o Mandado de Segurança.

Como outro exemplo, pode-se citar que a ADI 1.923/DF submeteu as Organizações Sociais a um processo de seleção de pessoal mais simplificado, requerendo que seja minimamente objetivo, público e impessoal. No entanto, em nada dispôs sobre o regime jurídico e o procedimento de demissão desses trabalhadores. O regime jurídico a que eles se submetem é celetista ou estatutário? A demissão deve se submeter à Lei dos servidores públicos, garantindo o contraditório e a ampla defesa, ou o ato de demissão fica entregue à discricionariedade do gestor, sob o regime celetista?

Nesse ponto, embora não haja posição em relação às Organizações Sociais, o STF se manifestou recentemente sobre as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista no Tema 1.022 de repercussão geral, em que os trabalhadores, ainda que celetistas, precisam ter sua demissão

motivada independente de se tratar de situações de justa causa, garantindo uma maior proteção ao trabalhador.

No caso das Organizações Sociais, nos parece razoável que esse procedimento de demissão deva ser ainda mais rígido e restritivo, uma vez que as Organizações Sociais não visam lucro e, portanto, não se submetem à concorrência do Mercado, diferentemente das entidades citadas - o que de fato poderia pôr em risco a sua competitividade concorrencial no mercado.

Não nos parece razoável que o trabalhador de uma Organização Social, tendo galgado sua vaga por meio de um processo objetivo, geralmente de prova ou provas e títulos, venha a ser dispensado através de critérios subjetivos, sem direito à ampla defesa e ao contraditório, direitos estes consagrados constitucionalmente.

Para arrematar o tema, damos a nossa opinião usando os termos do Ministro Relator Ayres Britto, em que não se pode revestir uma entidade privada de uma roupagem pública sem a tornar pública para todos os efeitos. O ato da qualificação confirma a publicização da entidade, transformando sua personalidade jurídica de privada para pública. Ao substituir o órgão/entidade, passará a fazer parte do corpo administrativo de onde houve a substituição, inclusive para todos os efeitos jurídicos.

Não nos parece razoável considerar que a personalidade jurídica seja híbrida, visto que não há mais nada de particular na entidade. O orçamento é público; os servidores são provenientes do ente público e a seleção dos demais profissionais seguem os moldes de concurso público; os equipamentos são públicos; as atividades executadas são de titularidade pública; a entidade não visa lucro e nem reparte dividendos; o controle é do conselho de administração, composto pelo Estado e pela sociedade civil, que mantém o controle social e, portanto, público; o que resta de privado?

Ao que parece, a opção por colocar as Organizações Sociais num limbo jurídico é proposital. Sabendo da morosidade da justiça, os elementos controversos aqui apresentados - e outros mais - levarão anos para serem discutidos judicialmente. A própria ADI 1.923/DF teve seu julgamento

iniciado em junho de 1999 e foi finalizado apenas em 2015. Nesse ínterim, sequer os seis pontos do acórdão - que já são poucos - precisavam ser observados. Isso deixa uma margem de liberdade jurídica sem precedentes ao gestor da Organização Social, que se traduz em deixar o bem público entregue às intenções subjetivas e individuais de cada gestor, podendo ser boas ou más. E como se sabe, o que é público não pode ficar à mercê das intenções de um particular.

Apesar destas críticas, vemos com bons olhos o modelo das Organizações Sociais, posto que se no futuro tiver esses pontos jurídicos bem amarrados, poderá ser uma grande porta de participação popular dentro do Estado. É aquilo que Bonavides (2010) vaticinou que será próxima dimensão do constitucionalismo, a dimensão participativa, tendo um “governo aberto”, com participação da sociedade civil dentro do aparato estatal.

Se reconhecida a personalidade pública e a posição intraestatal das Organizações Sociais dentro do Estado, o ato da qualificação, se público, objetivo e impessoal, será uma porta aberta para dentro do aparato estatal por parte da sociedade civil, confirmando na prática aquilo que Martins (1994) propõe em sua obra *O Circuito do Poder*, onde é discutido a necessidade de uma validação, uma chancela popular, no retorno do poder pelo circuito percorrido após ter sido inicialmente emanado pelo povo e entregue ao Estado.

No entanto, como a discussão da personalidade jurídica e da posição que a Organização Social ocupa dentro do Estado não foi apreciada pelo STF, resta aguardar que os mesmos sejam provocados a se posicionar sobre esse tema no futuro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 1009, p. 1-9, nov. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo, SP. Malheiros Editores. 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2025. BRASIL. ADI 1.923/DF.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 1, n. 36, p. 85-104, 1 jan. 1995. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64451995000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/>. Acesso em: 04 mar. 2024.

DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, RJ. Forense, 2022

BRASIL. Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/ DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Terceiro setor. Marco legal das organizações sociais. Lei no 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei no 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei no 8.666/93. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social [...]. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 16 de abril de 2015a. Disponível em: redir.stf.jus.

br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961. Acesso em: 31 maio 2021.

NOHARA, Irene. **Reforma Administrativa e Burocracia**. São Paulo, SP. Editora Atlas, 2012.

MARTINS, C. E. **O Circuito do Poder: democracia, participação, descentralização**. São Paulo, Entrelinhas, 1994.

MELLO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, SP. Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Organizações sociais de colaboração administrativa. Mutações do direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília, DF: Enap, 2001. p. 243-271.

Tribunal do Contas do Estado de São Paulo. Repasses Públicos ao Terceiro Setor. São Paulo, SP: Ed. TCESP, 2019.

Inteligência Artificial e JuGiza TempeGiva: o Equilíbrio entre Celeridade e Devido Processo Legal

Weisley Smith Vieira da Silva¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A defasagem do sistema de justiça na modernidade e a Emenda Constitucional nº 45/2004. 3. A modernização do Poder Judiciário e a introdução de inteligência artificial na prestação jurisdicional. 4. A IA entre a duração razoável do processo e o devido processo legal. 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A morosidade na prestação jurisdicional e seus impactos na efetivação do acesso pleno à justiça constituem, há décadas, um tema de relevante preocupação, presente tanto nas discussões da prática forense e da academia quanto em diversos segmentos da sociedade.

O tempo, em seu aspecto pragmático no sistema jurídico, desempenha um papel determinante na efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Conforme Hote (2007)², quando a atividade jurisdicional não assegura a satisfação jurídica das partes dentro de um prazo compatível com a complexidade do conflito, torna-se inviável falar em justiça social, uma vez que o direito pode ter perecido ou se tornado ineficaz.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Link de lattes: <https://lattes.cnpq.br/3864124815019635> Link de Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-6133-9970> E-mail: weisleysmith@hotmail.com

² HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 10, p. 467-492, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013383.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2025.

A autora ainda argumenta que uma justiça realizada com atraso excessivo perde sua efetividade, já que a prolongação do tempo de resolução das demandas transforma-se em motivo de revolta, descontentamento e indignação para os jurisdicionados (Hote, 2007).

Destacam os autores Spengler, F. M.; Spengler Neto, T. (2013)³, de maneira semelhante, que uma decisão judicial, ainda que justa e tecnicamente correta, pode perder sua eficácia se proferida tardiamente, pois o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado podem não mais atender aos interesses do jurisdicionado ao tempo em que são concedidos. Os autores também enfatizam que o acesso à justiça não se restringe ao ingresso no Poder Judiciário, mas abrange o direito a um sistema judiciário organizado de forma adequada, dotado de instrumentos processuais capazes de assegurar a efetiva realização dos direitos garantidos aos cidadãos.

Reforça Silva (2006)⁴, na mesma linha interpretativa, que a garantia do devido processo legal só se completa quando o processo conta com uma duração razoável, cabendo ao Estado assegurar os meios necessários para garantir a celeridade de sua tramitação. O autor ressalta que não basta garantir o acesso à Justiça, conforme previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988; é imprescindível que o Poder Judiciário ofereça uma prestação jurisdicional célere, dentro de prazos considerados razoáveis. Caso o Judiciário não consiga assegurar essa celeridade, o Estado não pode permanecer inerte, sob pena de violar um mandamento constitucional.

Silva (2006), nesse aspecto, destaca que, ao assumir historicamente a função de dizer o direito e solucionar os litígios sociais, o Estado-juiz obrigou-se ao exercício desta atribuição com eficiência, sob pena de não o fazendo gerar insegurança jurídica, causar instabilidade social e comprometer a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

³ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? **NOMOS**, Fortaleza, v.33, n. 2, 2013, p. 53-82. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/tri/handle/riufc/12173>. Acesso em: 29 jan. 2025.

⁴ SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93271>. Acesso em: 30 jan. 2025.

Nas palavras de Martins Ferreira (2015)⁵, o processo judicial, enquanto instrumento do exercício da jurisdição, é o espaço onde se concretiza o novo conceito de acesso à justiça. Esse acesso materializa-se por meio de procedimentos que garantem a efetiva realização dos direitos, tanto individuais quanto coletivos, desde que observados o tempo razoável e os limites do devido processo legal.

Deduz-se das inferências citadas que, embora eficiência, efetividade e celeridade não comporem a mesma carga conceitual, no contexto da atividade judicante, esses elementos estão intrinsecamente interligados. A eficiência refere-se à otimização dos recursos disponíveis para a prestação jurisdicional, enquanto a efetividade está relacionada à capacidade de o sistema judiciário produzir resultados concretos e satisfatórios. A celeridade, por sua vez, diz respeito à rapidez com que esses resultados são alcançados, sem comprometer a qualidade das decisões.

A razoável duração do processo constitui, então, um primado que se entrelaça com a própria noção de acesso à justiça, que, no contexto de democratização constitucional, deixa de ser um mero direito de petição (Guimarães, 2022)⁶ para se tornar uma concepção de justiça tempestiva, parametrizada no devido processo legal, com vistas a uma ordem jurídica justa e eficaz (Pedrassi e Pedrassi, 2024)⁷.

2. A DEFASAGEM DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA MODERNIDADE E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

No curso da evolução natural, a sociedade protagonizou uma série de mudanças que, pouco a pouco, constituíram substrato para a transformação

⁵ MARTINS, Francico Ferreira Acesso à justiça e processo judicial na perspectiva do estado democrático de direito e à luz dos princípios constitucionais do processo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 443–458, 2015. DOI: 10.14210/rdp. v2n3.p443-458. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7648>. Acesso em: 1 fev. 2025.

⁶ GUIMARÃES, Flávia Moreira Pessoa, ARAÚJO, Alessandro Guimarães. Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito. Novos paradigmas do acesso à justiça com o uso de inteligência artificial. 1a Edição. Brasília/DF: **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁷ PEDRASSI, Cláudio Augusto; PEDRASSI, Vitória Regina Faria. Aspectos do acesso à justiça no estado democrático de direito. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 10, n. 8, p. 429–451, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i8.15086. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/15086>. Acesso em: 17 jan. 2025.

de processos sociais, sejam eles atinentes ao contexto político, econômico, laboral ou cultural.

O dinamismo social e estrutural da era moderna tornou os conflitos mais complexos. A modernização das relações interpessoais, o avanço da tecnologia e a ampliação dos direitos fundamentais impuseram desafios inéditos à administração da justiça, o que passou a exigir que o Poder Judiciário, sob pena de tornar-se defasado ou imiscuir-se na obsolescência, assumisse postura adaptativa aos novos contornos sociais.

Em uma era caracterizada pela tecnologia, com a difusão e maior escalada de inovações tecnológicas, a acesso à justiça transcendeu a uma interpretação de justiça efetiva, eficaz e tempestiva, em conformidade com os princípios do devido processo legal. Simultaneamente, o aumento da conscientização dos cidadãos sobre seus direitos e responsabilidades, especialmente evidenciado após a promulgação da Constituição de 1988, gerou uma demanda crescente por uma prestação jurisdicional ágil e eficiente (GUIMARÃES, 2022).

Conforme delineado por Watanabe (2019)⁸, a noção de ordem jurídica justa, característica do Estado Democrático de Direito, alterou a noção de garantia de acesso à justiça, para expandir a noção de criação de um ambiente judicial em que os cidadãos pudessem exercer papéis de protagonismo – sendo ouvidos e protegidos, quer seja em disputas envolvendo terceiros, quer seja em situações com afeto a direitos ou prerrogativas básicas do exercício de sua cidadania.

Nas palavras de González (2019)⁹, o acesso à justiça tornou-se a garantia de acesso ao Direito, aos direitos e ao direito de ter direitos, ou seja, o acesso à juridicidade como um todo.

Diante das transformações sociais ocorridas em uma sociedade cada vez mais informada e, portanto, mais crítica e inclinada a buscar direitos e

⁸ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: (conceito atualizado de acesso à justiça) : processos coletivos e outros estudos**. . Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

⁹ GONZÁLEZ, Pedro. **O conceito atualizado de acesso à justiça e as funções da Defensoria Pública**. TESES E PRÁTICAS EXITOSAS, v. 14, p. 49, 2019. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/2656/LIVRO_TESES_E_PRATICAS_CONADEP_2019.pdf#page=49. Acesso em: 17 jan. 2025.

garantias, ou, inversamente, engajada na busca de uma pretensa reivindicação por meio de distorções do sistema judiciário, a preocupação com a duração razoável do processo assumiu contornos mais significativos. No contexto brasileiro, esse cenário foi especialmente evidente, com a incorporação do artigo 5º, inciso LXXVII no corpo da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que tratou de prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Brasil, 1988).

Não obstante o status constitucional garantido a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 à duração razoável do processo, no próprio direito interno já era prevista, ainda que de forma indireta, em diversos dispositivos. A Constituição Federal de 1988, antes da referida emenda, já assegurava o princípio da celeridade processual por meio do direito de acesso à justiça e do devido processo legal (art. 5º, incisos XXXV e LIV), bem como pelo princípio da eficiência na administração pública (art. 37, caput) (Brasil, 1988).

No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 125, II, determinava que o juiz deveria velar pelo rápido andamento do processo (Brasil, 1973)¹⁰. No âmbito penal, o Código de Processo Penal de 1941 previa, no art. 648, II, que a demora excessiva poderia ensejar a concessão de habeas corpus (Brasil, 1941)¹¹.

No panorama internacional, o país era signatário de diversos tratados internacionais que já previam a garantia da razoável duração do processo, como a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades (1950)¹², cujo artigo 6º, § 1º, assegura o direito de toda pessoa a ter sua causa examinada por um tribunal em um prazo razoável, e

¹⁰ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 28 jan. 2025.

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 jan. 2025.

¹² UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais. **Roma: Conselho da Europa**, 1950. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 23 jan. 2025.

o Pacto de São José da Costa Rica (1969)¹³, cujo artigo 8º, § 1º, estabelece a necessidade de julgamento dentro de um prazo razoável em processos de natureza penal, civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outra.

Um dos fatores que deram ensejo à necessidade de reconhecimento da razoável duração do processo como primado constitucional foi a crise do sistema de justiça, decorrente principalmente do abarrotamento do Poder Judiciário.

Guimarães et al. (2022) destacam que a Constituição ampliou a gama de direitos fundamentais, tanto individuais quanto sociais, o que resultou em um maior afluxo de demandas ao Poder Judiciário. No entanto, esse aumento não se traduziu necessariamente em um acesso a uma ordem jurídica justa. O abarrotamento do Poder Judiciário levou à incapacidade de cumprir a promessa estatal de acesso à justiça em tempo razoável, especialmente devido a uma cultura de litígio generalizada e fomentada pelo próprio Poder Estatal.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) até 30 de junho de 2023, o sistema de justiça apresentava 79.551.627 processos pendentes de julgamento, com um número de novas demandas de 15.359.384, enquanto apenas 15.176.070 casos foram julgados até a mesma data. Embora esses números, em uma visão retrospectiva, representem uma acentuada melhoria na prestação jurisdicional em comparação às décadas passadas, ainda se vislumbram gargalos decorrentes das deficiências existentes no sistema de justiça. Afinal, o número de novas demandas ainda é inferior ao número de casos solucionados

Conforme destacam Pedrassi e Pedrassi (2024), um dos principais obstáculos ao acesso efetivo à Justiça é a saturação do Poder Judiciário, que resulta em uma excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional e altos custos com os processos, o que limita o exercício pleno do direito à Justiça. Segundo os autores, para que haja um acesso efetivo, é necessário que o

¹³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“*Pacto de San José de Costa Rica*”), 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>. Acesso em: 1 fev. 2025.

Judiciário seja organizado e estruturado de maneira a eliminar esses obstáculos, garantindo uma Justiça mais eficiente e adequada à realidade da sociedade.

Na interpretação de Cappelletti (1988)¹⁴, o fenômeno do abarrotamento é prejudicial à falta de confiança popular na justiça, o que aflige a própria qualidade da democracia brasileira. Segundo o autor, “A explosão da litigiosidade e a morosidade na solução de conflitos são questões que têm que ser enfrentadas sob pena de erodirem, além da credibilidade do Poder Judiciário, também a qualidade da democracia brasileira” (Cappelletti, 1988, p. 64).

Nessa linha, tem-se que o reconhecimento da razoável duração do processo como garantia fundamental no contexto moderno veio para atender às demandas de uma sociedade cada vez mais dinâmica e exigente. A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao consagrar esse princípio, refletiu a necessidade de adaptação do Judiciário aos novos contornos sociais, marcados pela complexidade dos conflitos e pela busca por eficiência.

3 A MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A INTRODUÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

No cenário institucional de democratização do acesso à justiça, a garantia de uma justiça tempestiva, que concretize o princípio do acesso efetivo aos direitos, tornou-se uma preocupação latente no âmbito do Poder Judiciário.

Ressalta Cavalcanti (1978)¹⁵ que para assumir um papel ativo como promotor do equilíbrio social e assim reduzir as desigualdades e cumprir sua missão essencial de restabelecer a ordem jurídica em sua dimensão mais ampla, tornou-se crucial a transformação do modelo de prestação jurisdicional.

O Poder Judiciário, conquanto instituição clássica, não poderia continuar limitado a ser apenas um instrumento de classe ou uma estrutura conservadora, deveria ser mecanismo de justiça, adaptado aos contornos sociais de sua época. (Cavalcanti, 1978).

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Gráfica Editora Pallotti. 1988.

¹⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Modernização do Poder Judiciário. **Revista de Ciência Política**, v. 21, n. 2, p. 3-15, 1978. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/59827/58151>. Acesso em: 16 jan. 2025.

Para não sucumbir ao risco de defasagem e manter-se alinhado às transformações e demandas da sociedade contemporânea, na trajetória institucional, o poder Judiciário passou a adotar medidas voltadas à modernização de seus processos, com o objetivo de assegurar maior eficiência e celeridade na prestação jurisdicional, reforçando seu papel como pilar essencial da ordem e da justiça social.

Porto (2022, p. 110)¹⁶ descreve que, em um quadro raso e superficial, é possível observar que o Judiciário evoluiu da utilização de papel e caneta para a máquina de escrever, e posteriormente para o computador, inicialmente apenas como substituto da escrita. Com o tempo, os recursos computacionais transformaram o processo físico em digital, e, a partir daí, começou-se a implantar, de forma gradual, a automação de rotinas, com sistemas e softwares substituindo tarefas antes realizadas por servidores.

A modernização do Judiciário, nessa perspectiva, teve como principal propulsora os avanços técnico-científicos da humanidade. No contexto da evolução social, durante o período denominado Quarta Revolução Industrial, o Poder Judiciário viu-se diante da necessidade de adaptar-se a um novo paradigma. Conforme destacado por Schwab (2016)¹⁷, essa era é marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas, com destaque para ferramentas como a Internet das Coisas (IoT), a computação em nuvem, o *big data*, a robótica avançada e, sobretudo, a Inteligência Artificial (IA).

A incorporação da Inteligência Artificial (IA) na prestação jurisdicional passou então a ocupar lugar de destaque na agenda de modernização do judiciário brasileiro. De acordo com dados do Painel de Iniciativas de Inteligência Artificial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁸, existem atualmente 140 projetos voltados para a implementação de IA, distribuídos

¹⁶ PORTO, Fábio Ribeiro. Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito. A “corrida maluca” da inteligência artificial no poder judiciário. 1a Edição. Brasília/DF: **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-a-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2025.

¹⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Projetos com Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/paineis-e-publicacoes/>. Acesso em: 15 jan. 2025.

em 62 órgãos diferentes, sendo que alguns já estão em operação, enquanto outros estão em fase de desenvolvimento (CNJ, 2024).

Desse total, 63 soluções tecnológicas já estão em uso ou prontas para serem utilizadas. Outras 46 estão em fase final de desenvolvimento, 17 em estágio inicial e 3 ainda não foram iniciadas. Além disso, 11 projetos foram concluídos, mas ainda não foram implementados (CNJ, 2024).

Conforme destaca Martel (2024)¹⁹, houve um crescimento de 26% no número de projetos em comparação com o levantamento de 2022. No último ano, também foi registrado um aumento de 17% no número de tribunais com iniciativas relacionadas à IA, totalizando 62 órgãos, contra 53 no ano anterior. Outro aspecto relevante é que, não obstante existam 140 projetos mapeados, apenas 37 estão em conformidade e hospedados no Sinapses, plataforma do CNJ criada para fomentar o uso de IA no Judiciário.

Porto (2022) destaca que, em uma perspectiva ampla, a IA tem sido utilizada no Judiciário para uma variedade de funções que vão desde a automação de tarefas repetitivas, até a otimização de processos decisórios que contribuem para a melhoria da prestação jurisdicional. O autor aponta que a IA tem auxiliado os magistrados em atos de constrição, como penhoras online e a utilização de sistemas como o Renajud, além de identificar casos passíveis de suspensão em razão de recursos repetitivos ou incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), reduzindo significativamente o esforço humano necessário para essas tarefas. A tecnologia também tem sido empregada na degravação automática de audiências, o que gera uma economia de tempo, e na classificação adequada de processos, gerando dados estatísticos mais confiáveis e consistentes.

Ainda aponta o autor que a IA tem contribuído para a síntese de relatórios processuais efetivando o filtro das etapas mais relevantes e contribuindo para a elaboração de resumos que facilitam a análise dos

¹⁹ MARTEL, Isabela. Programa Justiça 4.0 divulga resultados de pesquisa sobre IA no Judiciário brasileiro. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programa-justica-4-0-divulga-resultados-de-pesquisa-sobre-ia-no-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

magistrados. Outra aplicação importante é a identificação de fraudes, litigantes contumazes e demandas de massa, bem como a realização de análises preditivas para avaliar riscos e impactos futuros. No campo da gestão, a IA tem possibilitado a antecipação de conflitos por meio da análise de dados não estruturados, além de estar sendo utilizada para avaliar jurisprudência aplicável a cada caso e na melhoria da experiência dos jurisdicionados com sistemas conversacionais do judiciário, como os chatbots, utilizados em Ouvidorias e Corregedorias. (Porto, 2022).

Porto (2022) também ressalta que a IA identifica votos divergentes em pautas eletrônicas, otimiza a gestão cartorária ao detectar gargalos e processos paralisados, e auxilia na distribuição equilibrada da carga de trabalho entre servidores. A tecnologia ainda permite a reunião de processos similares para movimentação em lote e auxilia na elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças, agilizando a produção judicial e garantindo maior eficiência na prestação jurisdicional.

A Inteligência artificial, nesse contexto, é uma realidade presente em diversos setores do judiciário, tendo sido utilizada para uma ampla e diversificada rede de atividades, com o objetivo de aprimorar eficiência e efetividade da prestação jurisdicional.

4 A IA ENTRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Embora o uso de inteligência artificial no judiciário tenha sido empregado com protagonismo na agenda de modernização do sistema de justiça, com o objetivo maior de melhorar a prestação jurisdicional para, assim, alcançar o sentido amplificado do acesso à justiça, que demanda celeridade e eficiência, não se pode esmaecer as fronteiras e perigos que cercam a adoção dessa tecnologia nos afluxos judiciais.

Silva (2006) destaca que, embora a velocidade das relações sociais em um mundo moderno deva ser acompanhada por uma administração da justiça que translucide os primados de celeridade e efetividade, por outro

lado, não se pode negligenciar os direitos dos jurisdicionados, que não podem ser sacrificados em nome de uma decisão judicial rápida a qualquer custo. O autor ressalta que o Poder Judiciário, diante do crescente volume de demandas, precisa estar adequadamente aparelhado e adaptado aos novos tempos, a fim de oferecer soluções eficientes para os conflitos sociais. Caso contrário, há o risco de comprometer a confiança depositada no Judiciário e de ampliar a busca por meios não estatais de resolução de conflitos.

A confiança na atividade judicante depende, portanto, do equilíbrio necessário entre a agilidade na tramitação dos processos e a garantia do devido processo legal. A transformação do judiciário, portanto, para que se qualifique como ferramenta propulsora de acesso à justiça, deve priorizar a harmonização entre a eficiência tecnológica e a preservação dos direitos fundamentais.

O devido processo legal é uma garantia fundamental delineada no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, que assegura a todos o direito a um processo justo, com ampla defesa, contraditório e motivação das decisões (Brasil, 1988). Trata-se de um princípio guarda-chuva, que abrange não apenas a observância de formalidades processuais, mas também a garantia de que os direitos fundamentais dos jurisdicionados sejam respeitados em todas as etapas do processo.

Defende Ávila (2008)²⁰ que o devido processo legal está intrinsecamente ligado à noção de justiça procedimental, sendo um princípio que assegura a proteção dos direitos fundamentais por meio de um processo justo, adequado e compatível com o ordenamento jurídico. O autor explica que a Constituição Federal, ao detalhar elementos como o juiz natural, a imparcialidade, a ampla defesa, o contraditório, a motivação das decisões, a publicidade e a proibição de provas ilícitas, transformou esses requisitos em obrigações constitucionais, evitando que sua aplicação dependa de avaliações casuísticas.

Ávila (2008) ainda ressalta que o devido processo legal deve ser interpretado como um princípio procedimental que visa garantir um estado

²⁰ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?”. In: **Revista de processo**. V. 163, p. 50-59. 163. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=2Q4411IAAAAJ&citation_for_view=2Q4411IAAAAJ:isC4tDSrTZIC. Acesso em: 29 jan. 2025.

ideal de protetividade dos direitos. Para o autor, a Constituição buscou eliminar dúvidas ao explicitar que o processo não apenas deve existir, mas também ser justo e alinhado aos direitos fundamentais.

Conforme tecido no capítulo terceiro deste ensaio, a introdução da inteligência artificial na prestação jurisdicional, especialmente pelo Poder Judiciário, é uma realidade que tem sido efetivada em diversas nuances. A IA na atividade judicante, nesse sentido, tem sido aplicada desde a mera automação de tarefas repetitivas até a otimização de processos decisórios. A preocupação com os primados do devido processo legal, nas discussões acerca da inserção da IA no sistema de justiça, surge principalmente quando a IA é utilizada no processo de tomada de decisão, seja como ferramenta auxiliar ou como substituta da atividade de decidir, especialmente devido à sua operação baseada em extensas redes de dados e algoritmos.

Silva (2023), ao se debruçar sobre as ferramentas de inteligência artificial sob a perspectiva do devido processo legal, descreve que a utilização de algoritmos inteligentes arquitetados para majorar a eficiência, precisão e segurança da tutela jurisdicional lança luz sobre desafios preocupantes. Isto porque, não obstante os algoritmos funcionem como um modelo interpretativo de uma grande rede de dados, estes são comandados por seres humanos e programados com variáveis que buscam resultados específicos. Essa programação prévia pode levar a decisões discriminatórias ou antijurídicas. A manipulação dos *inputs* (dados iniciais que alimentam o sistema) e *outputs* (objetivo desejado com o processamento dos dados que alimentaram o sistema) confere ao programador um poder considerável sobre os resultados, o que pode comprometer a neutralidade e a imparcialidade, pilares essenciais do sistema judiciário.

Defedem Roque e Santos (2020)²¹ que o fator humano como imprescindível na tomada de decisões judiciais, alertando para os riscos da automação total desse processo. Os autores destacam que a implementação

²¹ ROQUE, André Vasconcelos; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues. Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. janeiro a Abril de 2021. Acesso em: 17 jan. 2025.

da inteligência artificial no julgamento de causas, sem a devida interferência humana, pode comprometer garantias fundamentais do processo. Argumentam que, embora a automação de atos processuais repetitivos possa acelerar a tramitação dos feitos, a substituição completa do magistrado pelo *machine learning* poderia resultar na desumanização da justiça, além de potencializar padrões decisórios baseados unicamente em experiências passadas, sem a devida contextualização dos casos concretos.

Ainda segundo Roque e Santos (2020), não procede a ideia de que decisões automatizadas seriam isentas de parcialidade por estarem livres das experiências humanas. Os autores ressaltam que os dados inseridos nos sistemas de inteligência artificial são fruto de interpretações humanas e, conforme sua qualidade ou a intencionalidade dos programadores, podem influenciar significativamente os resultados. Assim, enfatizam a possibilidade de que algoritmos produzam decisões enviesadas, marcadas por subjetividade e até ilegalidades, especialmente quando não há transparência nos critérios utilizados pelo sistema, o que pode trazer percalços também ao próprio direito de contraditório.

O liame entre a razoável duração do processo, Inteligência Artificial na atividade jurisdicional e a necessidade de preservação do devido processo legal tem disseminado, nas incursões científicas acerca da IA na prestação jurisdicional, a noção de um devido processo legal voltado a integrar a tecnologia de forma harmônica com os direitos fundamentais: o devido processo legal tecnológico. Este conceito visa garantir que a implementação de IA no Judiciário não comprometa princípios essenciais como a imparcialidade, a transparência, contraditório, a motivação das decisões, e a supervisão humana.

Neste contexto, tem-se que, embora a IA na atividade jurisdicional tenha se mostrado essencial para promover um Judiciário mais eficiente e ágil, favorecendo o acesso à justiça, ainda persistem desafios que tornam sua implementação um tema sensível. O processo de modernização deve ser conduzido com cautela, para que a agilidade não venha a custar as garantias

do devido processo legal. A razoável duração do processo deve ser buscada, mas sem comprometer os direitos fundamentais e os preceitos basilares do direito processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A razoável duração do processo constitui um pilar essencial para a efetiva concretização do acesso à justiça, em seu amplo sentido. A morosidade judicial, além de comprometer a efetividade das decisões, gera descontentamento e desconfiança no sistema de justiça, o que reforça a necessidade de um Judiciário ágil e eficiente. A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao consagrar o princípio da duração razoável do processo como direito fundamental, refletiu a demanda por um sistema de justiça adaptado às complexidades da sociedade moderna.

A modernização do Poder Judiciário, com a introdução da inteligência artificial (IA), tem sido um caminho promissor para superar os desafios da morosidade e do acúmulo de processos. A IA tem otimizado tarefas repetitivas, agilizado a tramitação processual e aprimorado a gestão judiciária em diversas nuances, o que tem contribuído para uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

A implementação de IA na atividade judicante, porém, exige cautela, pois a busca pela celeridade não pode comprometer as garantias fundamentais do devido processo legal. A IA, embora tenha revolucionado, pouco a pouco, a atividade judicante, pode trazer riscos significativos, como a possibilidade de decisões enviesadas, a falta de transparência algorítmica e a redução da supervisão humana. Esses desafios exigem que a tecnologia seja utilizada de forma equilibrada, preservando princípios como a imparcialidade, o contraditório e a motivação das decisões. O conceito de “devido processo legal tecnológico” surge como um paradigma necessário para harmonizar a eficiência da IA com a proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, embora a duração razoável do processo seja um objetivo primordial, ela não deve ser alcançada a qualquer custo. A celeridade não

pode se sobrepor às prerrogativas basilares do devido processo legal, que garantem a justiça e a legitimidade das decisões judiciais. A modernização do Judiciário deve buscar um equilíbrio entre a agilidade e a preservação dos direitos fundamentais. Assim, a integração da IA no sistema de justiça deve ser apoiada em um compromisso inegociável com os princípios constitucionais. Somente assim será possível conciliar a eficiência tecnológica com a garantia de um processo justo, que represente o pleno acesso à justiça em sua dimensão mais ampla e democrática.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. In: **Revista de processo**. V. 163, p. 50-59. 163. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=2Q44I1IAAAAJ&citation_for_view=2Q44I1IAAAAJ:isC4tDSrTZIC. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 jan. 2025.

RASIL. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 28 jan. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Gráfica Editora Pallotti. 1988.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Modernização do Poder Judiciário. **Revista de Ciência Política**, v. 21, n. 2, p. 3-15, 1978. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/59827/58151>. Acesso em: 16 jan. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Projetos com Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.>

cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/paineis-e-publicacoes/. Acesso em: 15 jan. 2025.

DA SILVA, E. P. M. Aplicabilidade De Ferramentas De Inteligência Artificial Sob A Perspectiva Do Devido Processo Legal. **Revista Contemporânea**, [S. l.], v. 3, n. 12, p. 26358–26377, 2023. DOI: 10.56083/RCV3N12-085. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/2088>. Acesso em: 1 fev. 2025.

GONZÁLEZ, Pedro. **O conceito atualizado de acesso à justiça e as funções da Defensoria Pública**. TESES E PRÁTICAS EXITOSAS, v. 14, p. 49, 2019. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/2656/LIVRO_TESES_E_PRATICAS_CONADEP_2019.pdf#page=49. Acesso em: 17 jan. 2025.

GUIMARÃES, Flávia Moreira Pessoa, ARAÚJO, Alessandro Guimarães. Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito. Novos paradigmas do acesso à justiça com o uso de inteligência artificial. 1a Edição. Brasília/DF: **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2025.

HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 10, p. 467-492, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013383.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2025.

MARTEL, Isabela. Programa Justiça 4.0 divulga resultados de pesquisa sobre IA no Judiciário brasileiro. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programa-justica-4-0-divulga-resultados-de-pesquisa-sobre-ia-no-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

MARTINS, Francico Ferreira Acesso à justiça e processo judicial na perspectiva do estado democrático de direito e à luz dos princípios constitucionais

do processo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 443–458, 2015. DOI: 10.14210/rdp. v2n3.p443-458. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7648>. Acesso em: 1 fev. 2025.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>. Acesso em: 1 fev. 2025.

PEDRASSI, Cláudio Augusto; PEDRASSI, Vitória Regina Faria. Aspectos do acesso à justiça no estado democrático de direito. **Revista Ibero-Americana de Humanidades**, Ciências e Educação, [S. l.], v. 10, n. 8, p. 429–451, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i8.15086. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/15086>. Acesso em: 17 jan. 2025.

PORTO, Fábio Ribeiro. Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito. A “corrida maluca” da inteligência artificial no poder judiciário. 1a Edição. Brasília/DF: **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-a-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2025.

ROQUE, André Vasconcelos; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues. Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. janeiro a Abril de 2021. Acesso em: 17 jan. 2025.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93271>. Acesso em: 30 jan. 2025.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? **NOMOS**, Fortaleza, v.33, n. 2, 2013, p. 53-82. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/ri/handle/riufc/12173>. Acesso em 29, jan. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais**. Roma: Conselho da Europa, 1950. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em 23 jan. 2025.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: (conceito atualizado de acesso à justiça) : processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey. 2019.

ISBN: 978-65-01-41704-2

CDL



9 786501 417042



UNIVERSIDADE
FEDERAL DO CEARÁ