

ORGANIZADORES:

FRANCISCO JOSÉ VILAS BOAS NETO

GEOVÁ NEPOMUCENO MOTA

GRACIANE RAFISA SALIBA

MÁRCIO EDUARDO SENRA N. PEDROSA MORAIS

RAFAEL HENRIQUES NOGUEIRA DINIZ

ESTUDOS RELEVANTES DE DIREITO

VOLUME III

XVI JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE PARÁ DE MINAS



EDITORA


FAPAM

ORGANIZADORES
FRANCISCO JOSÉ VILAS BOAS NETO
GEOVÁ NEPOMUCENO MOTA
GRACIANE RAFISA SALIBA
MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS
RAFAEL HENRIQUES NOGUEIRA DINIZ

ESTUDOS RELEVANTES DE DIREITO: VOLUME III
XVI JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE PARÁ DE MINAS

Editora

FAPAM
2024

Faculdade de Pará de Minas - FAPAM

Diretoria

Wellington Silva
Elias Silva



Rua: Ricardo Marinho, 110, São Geraldo,
Pará de Minas - MG, CEP: 35660-398.
Telefone: 37 3237-2027.
<https://fapam.edu.br/>

Toda a responsabilidade pelo conteúdo publicado desta edição pertence aos autores.

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora FAPAM. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

ISBN: 978-65-996386-8-8

Editoria

Janaína Cunha da Silva

Texto

Francisco José Vilas Boas Neto
Geová Nepomuceno Mota
Graciane Rafisa Saliba
Márcio Eduardo Senra N. Pedrosa Moraes
Rafael Henriques Nogueira Diniz

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Professor Mello Cançado

E82

Estudos relevantes de direto: volume III: XVI jornada de estudos jurídicos da Faculdade de Pará de Minas. / Francisco José Vilas Boas Neto; Geová Nepomuceno Mota; Graciane Rafisa Saliba; Márcio Eduardo Senra N. Pedrosa Moraes; Rafael Henriques Nogueira Diniz [Orgs]. - Pará de Minas: Editora FAPAM, 2023.

240 p.

Vários autores.

Vários colaboradores.

ISBN 978-65-996386-8-8

1. Direito. 2. Estudos Jurídicos. I. Boas Neto, Francisco Vilas. II. Mota, Geová Nepomuceno. III. Saliba, Graciane Rafisa. IV. Moraes, Márcio Eduardo Senra N. Pedrosa. V. Diniz, Rafael Henriques Nogueira. VI. Título.

CDD:340
CDU:34

PREFÁCIO

A nobre missão de prefaciá-lo este livro, ESTUDOS RELEVANTES DE DIREITO: Volume III - XVI JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE PARÁ DE MINAS, foi aceita com imensa satisfação, pois este livro revela a conjugação de esforços e de dedicação de professores, alunos da graduação, da pós-graduação e pesquisadores do curso de Direito da FAPAM.

O prefácio, enquanto gênero literário, tem o papel não apenas de introduzir a obra, mas também de contextualizá-la, ressaltando sua relevância e contribuição para o campo em que se insere. É com esse espírito que me uno a essa iniciativa, reconhecendo a importância de promover e disseminar o conhecimento produzido no âmbito acadêmico.

A presente obra teve o condão de reunir uma seleção de artigos apresentados durante a XVI Jornada de Estudos Jurídicos, realizada nos dias 24, 25 e 26 de outubro de 2023, e revela a dedicação e o talento dos autores em abordar temas pertinentes e atuais do Direito, inserindo-se na missão da FAPAM de incentivar a pesquisa e a produção científica. A Jornada de Estudos Jurídicos é organizada no seio do curso de Direito da FAPAM, o qual foi criado em 2004 e tornou-se uma referência para o ensino jurídico não apenas para o Centro-Oeste mineiro, mas para todo o interior de Minas Gerais. Desde a sua criação, houve uma imensa preocupação com a realidade local, visando formar não apenas juristas competentes, mas também críticos sociais que buscam contribuir para a melhoria da vida das pessoas da cidade de Pará de Minas e de toda a região.

E, para tanto, o volume III dos Estudos Relevantes de Direito, publicado em decorrência do evento, não apenas documenta as reflexões e debates ocorridos, mas também os amplifica, tornando-os acessíveis a um público mais amplo. Os temas abordados nos artigos são variados e abrangem questões fundamentais do direito contemporâneo, como inquérito policial, impactos das leis trabalhistas de proteção à mulher, sexualização da mulher negra e o estupro, efeitos do sistema punitivista, feminicídio, análise da constitucionalidade de medidas executivas atípicas a partir da ADI 5941, limites à atuação criativa do juiz diante da análise do Recurso Extraordinário 635.659, acesso à justiça na virada tecnológica, tecnologia e processos, neoliberalismo e virada tecnológica, apontamentos críticos e jurídicos da exceção de pré-executividade, análise da constitucionalidade da teoria da causa madura, a participação exclusiva de entidades sem fins lucrativos em licitações, transmissão ao vivo das licitações na

modalidade de preção presencial, a participação da mulher na política como mera ficção na Constituição e o abuso de Direito nas reclamações dos consumidores.

Cada autor traz sua perspectiva e sua expertise para enriquecer o debate e contribuir para o aprimoramento do conhecimento jurídico. Participar dessa iniciativa como prefaciadora é uma experiência enriquecedora e significativa para mim, pois reafirma a importância da produção acadêmica e da colaboração entre diferentes atores da comunidade jurídica.

Agradeço a oportunidade de fazer parte deste projeto e de contribuir, de alguma forma, para a sua realização. Por fim, expresso meus sinceros votos de que este livro cumpra sua missão de estimular o pensamento crítico, promover o debate acadêmico e contribuir para o desenvolvimento do direito em nosso país. Que ele seja fonte de inspiração e conhecimento para todos aqueles que se interessam pelo estudo e pela prática jurídica.

Prof. Dra. Graciane Rafisa Saliba

SUMÁRIO

TEORIA GERAL DO INQUÉRITO POLICIAL	8
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais	
OS IMPACTOS DAS LEIS TRABALHISTAS DE PROTEÇÃO À MULHER: TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE	34
Graciane Rafisa Saliba Ludmilla Priscilla de Oliveira	
A SEXUALIZAÇÃO DA MULHER NEGRA E O ESTUPRO: um estudo sobre o estupro desde a época da escravidão	47
Rafaela Aparecida Batista do Carmo Geová Nepomuceno Mota	
OS EFEITOS DO SISTEMA PUNITIVISTA: um estudo sobre o desrespeito a dignidade da pessoa humana	67
Raíssa Paula Fernandes Francisco José Vilas Boas Neto	
FEMINICÍDIO: uma análise da aplicabilidade à mulher transexual	77
Laura Silva Bessa Francisco José Vilas Boas Neto	
AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: uma análise de sua constitucionalidade a partir da ADI 5941/DF	98
Camila Alves Pereira Heloíse Oliveira Leite Clenderson Rodrigues da Cruz	
LIMITES À ATUAÇÃO CRIATIVA DO JUIZ: análise do Recurso Extraordinário 635.659 à luz da tripartição das funções de Estado	109
Clenderson Rodriguez Da Cruz David Henrique Teixeira e Silva Sávio Henriques Faria	
ACESSO À JUSTIÇA NA VIRADA TECNOLÓGICA: possíveis paradoxos do futuro do judiciário brasileiro	120
Clenderson Rodriguez Da Cruz Ana Clara Pazin Geovana Aparecida De Oliveira	
TECNOLOGIA E PROCESSO: análise das novas tecnologias aplicadas ao processo à luz das garantias fundamentais	132
Clenderson Rodriguez Da Cruz Sofia Silva Vasconcelos Talita Lopes de Faria	

NEOLIBERALISMO E VIRADA TECNOLÓGICA: análise sobre as online dispute resolutions (ODRs)	142
Clenderson Rodriguez Da Cruz	
Geovanna Rodrigues S. Camargos	
APONTAMENTOS CRÍTICOS E JURÍDICOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	158
Fabrício Veiga Costa	
Vinicius Matheus dos Santos Pereira	
Lucas Lopes Alves Silva	
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TEORIA DA CAUSA MADURA: argumentos favoráveis e contrários	168
Fabrício Veiga Costa	
Vinicius Matheus dos Santos Pereira	
Lucas Lopes Alves Silva	
A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS EM LICITAÇÕES E OS IMPACTOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	182
Sílvia dos Santos Macedo	
Cid Capobiango Soares de Moura	
A TRANSMISSÃO AO VIVO DAS LICITAÇÕES NA MODALIDADE DE PREGÃO PRESENCIAL	193
Rafaela Mendonça Alves	
Cid Capobiango Soares de Moura	
A CONSTITUIÇÃO COMO MERA FICÇÃO NO QUE TANGE À PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA	209
Giovanna De Abreu Amaral	
Giovanni Vinícius Caetano	
Nádia Lorena de Campos França	
O ABUSO DE DIREITO NAS RECLAMAÇÕES DOS CONSUMIDORES	227
Anna Clara Boaventura Silva	
Gláycimar Gonçalves Ribeiro	
Júlio Moraes Oliveira	

TEORIA GERAL DO INQUÉRITO POLICIAL

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais¹

Resumo: O estudo tem por objetivo analisar o inquérito policial como meio de investigação para a coleta de informações referentes autoria e materialidade de fatos típicos, tendo como norte a teoria clássica do Direito Processual Penal, atualizando a análise com as recentes alterações legislativas e de observações doutrinárias. Em que pese ser um tema muito trabalhado pela doutrina jurídica, o inquérito policial desperta questionamentos, críticas e sugestões de alteração em sua ritualística e procedimentalização, o que faz com que seja sempre atual a sua análise. A problemática da pesquisa, por conseguinte, se relaciona com a verificação de compatibilidade de um inquérito policial que, ao mesmo tempo, que proporciona elementos para a formação para a opinião do delito, possa se harmonizar com os direitos fundamentais do investigado/indiciado.

Palavras-chave: inquérito policial; crime; direito processual penal; Brasil; sistema acusatório; sistema inquisitivo.

1 INTRODUÇÃO

Embasado em metodologia bibliográfica e documental, em seção única, intitulada "*Conceito, características, bases principiológicas e procedimento do inquérito policial*", o presente estudo aborda interessante instituto dos estudos de Direito Processual Penal, o inquérito policial.

O inquérito policial é um meio de investigação para a coleta de informações referentes autoria e materialidade de fatos típicos, objetivando angariar elementos para uma eventual futura ação penal.

Em que pese sua frequente abordagem doutrinária e jurisprudencial, o inquérito policial desperta estudos e críticas, principalmente, considerando-se seu caráter inquisitório, voltando, parte da doutrina, suas comparações com o direito, por exemplo, medieval, ocasião em que não haveria escapatória para o acusado, que não fosse a morte ou a tortura física e/ou psicológica.

Diante disso, constitui objetivo geral do estudo apresentar um panorama do inquérito policial, da abordagem decorrendo uma teoria geral, observada por intermédio da análise de vários autores da área processual penal. Importante, assim, estabelecer essa observação: em

¹ Doutor em Direito pela PUC Minas. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

decorrência da limitação espacial e objetiva do estudo, esse se limita a uma análise dos elementos mais importantes do inquérito e de sua procedimentalização.

Ademais, o foco de leitura são os discentes do Curso de Direito em nível de graduação, podendo, eventualmente, ser lido por outros interessados, os quais, a depender do seu nível de conhecimento do assunto, certamente não se surpreenderão com nenhum ponto. Essa limitação e sinceridade é fundamental para o leitor. Trata-se de um primeiro contato com o tema, complementando a leitura do assunto feita em manuais de Direito Processual Civil.

2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, BASES PRINCÍPIOLÓGICAS E PROCEDIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Os princípios possuem duas funções básicas: a função normativa e a função interpretativa. A função normativa refere-se ao fato de o princípio também ser uma norma jurídica, com força coercitiva. Por sua vez, a função interpretativa dos princípios se relaciona à sua possibilidade de serem utilizados para a interpretação de uma norma concreta, esclarecendo eventuais dúvidas sobre sua aplicação.

No processo penal há duas espécies de princípios: *i*) princípios constitucionais; e *ii*) princípios do processo penal propriamente ditos. Por sua vez, os princípios constitucionais do processo penal se subdividem em princípios explícitos e princípios implícitos.

Nesse sentido, os princípios processuais penais se relacionam ao conceito de direitos fundamentais, alicerçando garantias mínimas de proteção para o indivíduo, consubstanciando o denominado Processo Penal Constitucional. Para Leonardo Barreto Moreira Alves “um Processo Penal que cada vez mais se distancia dos rigores do Código de Processo Penal, modelo normativo inquisitivo e autoritário engendrado no regime ditatorial-fascista, que reinava no país em 1941 [...]” (Alves, 2016, p. 37).

Dois são as finalidades do Processo Penal: *i*) de um lado a *finalidade direta* ou imediata; *ii*) de outro a *finalidade indireta* ou mediata. A finalidade direta ou imediata implica na necessidade de se fazer valer o direito de punir (*jus puniendi*) estatal. Por sua vez, a finalidade indireta relaciona-se com a finalidade do Direito Penal, qual seja, a proteção da sociedade e dos bens jurídicos mais importantes para o indivíduo, entre eles, a paz, a segurança, o patrimônio.

A clássica Teoria do Processo divide as fases de resolução de litígios sociais em: *i*) fase da *autotutela*; *ii*) fase da *autocomposição*; e *iii*) fase *judiciária*, essa última iniciada já com o

Estado estruturado. É ainda na autotutela² que se percebe o período da *vingança privada*, no qual o mais forte impunha sua vontade ao mais fraco, mesmo que o mais fraco fosse a vítima de uma conduta ofensiva. De acordo com Fernando Capez, “a autotutela remonta aos primórdios da civilização e caracteriza-se, basicamente, pelo uso da força bruta para a satisfação de interesses” (Capez, 2013, p.50). Resumidamente, a *autotutela* tem como traços característicos a ausência de juiz imparcial e a imposição da decisão por uma das partes à outra.

A *autocomposição*³ ocorre “quando uma das partes integrantes do conflito abre mão do seu interesse em favor da outra, ou quando ambas renunciam à parcela de suas pretensões para solucionar pacificamente suas divergências” (Capez, 2013, p.51).

Com a afirmação histórica do Estado, esse assumirá a vontade dos particulares⁴. Num primeiro momento, havia a figura do pretor, verdadeiro árbitro escolhido pelas partes que tinha sua decisão aceita pelas partes, que se comprometiam a aceitar o que viesse a ser decidido por esse julgador. Posteriormente, o Estado passará a indicar o árbitro, independentemente da vontade das partes, sendo o responsável pela persecução penal.

Na fase judiciária o Estado assume a função punitiva, equipando-se para que pudesse ofertar uma prestação jurisdicional justa. Assim, o Estado assume a função de persecução penal, que compreende duas fases: a *atividade investigatória* (por intermédio, principalmente, do inquérito policial) e a *ação penal*. A fase investigatória é fundamental para o bom desempenho do *jus puniendi* estatal, devendo, assim, ser realizada de modo a extrair elementos necessários, suficientes e eficientes para embasar uma futura e eventual ação penal, garantindo direitos fundamentais do acusado, como também colhendo elementos que auxiliarão o Poder Judiciário no seu dever estatal de aplicar sanções em decorrência da prática de atos delituosos.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci “o inquérito é um meio de extirpar, logo de início, dúvidas frágeis, mentiras ardilosamente construídas para prejudicar alguém, evitando-se julgamentos indevidos de publicidade danosa” (Nucci, 2012, p.77). Além disso, continua Nucci: “por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível” (Nucci, 2012,

² Atualmente, o ordenamento jurídico penal prevê institutos referentes à autotutela, tais como a prisão em flagrante (artigo 302 do Código de Processo Penal); o estado de necessidade e a legítima defesa (artigos 24 e 25 do Código Penal).

³ “São três formas de autocomposição: desistência (renúncia à pretensão), submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão) e transação (concessões recíprocas). A Constituição Federal, em seu artigo 98, I, nas hipóteses previstas em lei, permite a transação para infrações penais de menor potencial ofensivo.” (Capez, 2013, p. 51).

⁴ Essa fase individualista (denominada *ordo judiciorum privatorum*) será posteriormente pela figura do Estado-juiz (*cognitio extra ordinem*).

p.77). Fernando Capez conceitua o *inquérito policial*, procedimento persecutório de caráter administrativo, como “o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial” (Capez, 2013, p.113). Em decorrência de seu caráter meramente informativo, não há qualquer nulidade em o inquérito policial ser presidido por autoridade policial incompetente, nem possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante por esse motivo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (HC 6.428-PR).

Outra questão interessante refere-se à ausência de litispendência em caso de duplicidade de inquéritos policiais, ainda que sejam idênticos os fatos apurados. Nesse sentido, a solução a ser adotada será a impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança “conforme seja ou não o crime investigado punido com prisão (Súmula 693 do STF). Neste caso, a impetração das mencionadas ações autônomas terá o objetivo de trancar o andamento de um dos inquéritos, em face do constrangimento ilegal decorrente da dupla investigação” (Avena, 2012, p.350).

A *polícia* é a instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual, podendo ser dividida em espécies: I) quanto ao *lugar de atividade*: terrestre, marítima ou aérea; II) quanto à *exteriorização*: ostensiva e secreta; III) quanto à *organização*: leiga e de carreira; IV) quanto ao *objeto*: administrativa (ou de segurança) e judiciária.

Por *polícia judiciária* compreende-se a instituição de direito público destinada a auxiliar o Poder Judiciário, atuando quando os atos que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitados. “Possui a finalidade de apurar as infrações penais e suas respectivas autorias, a fim de fornecer ao titular da ação penal elementos para propô-la. Cabe a ela a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado” (Capez, 2013, p.114).

De acordo com Álex Carocca Pérez “a tarefa essencial, indelegável da polícia, é o desenvolvimento das atividades de investigação necessárias para estabelecer a existência de um fato delitivo e descobrir seus autores, cúmplices e favorecedores” (Carocca Pérez, 2005, p. 103, tradução nossa⁵). Na verdade, a investigação policial consubstancia elemento fundamental para o bom desenvolvimento da estrutura judiciária e sua missão de buscar a paz social, efetivando a justa causa penal, condição da ação penal que pode ser definida como o indício de autoria e

⁵ “La tarea esencial, irremplazable de la policía, es el desarrollo de las actividades de investigación necesarias para establecer la existencia de un hecho delictual y descubrir a sus autores, cómplices o encubridores.” (Carocca Pérez, 2005, p.103).

de materialidade delitiva. A essa “busca pela justiça e paz social”, caracterizada pelo “sentir”⁶ da estrutura judiciária dá-se o nome de *persecutio criminis*.

Essa persecução penal, sejam os seus atos pré-processuais ou processuais, deve respeitar o primado da Constituição Federal, que é a norma fundamental do ordenamento jurídico processual penal também, estando abaixo dela e com a mesma devendo se harmonizar, o Código de Processo Penal, Decreto-lei n.º 3.689 de 1941, inspirado na legislação italiana de 1930, “com cariz autoritário em razão da influência do regime fascista que imperou no referido período. Essa cultura impregnou-se de tal forma que nem mesmo a recente reforma processual de 2008 foi capaz de purificar o Código de toda a influência inquisitória e autoritária” (Nicolitt, 2014, p.36).

Como destacado alhures, a *persecutio criminis* possui dois momentos distintos, um da investigação criminal e outro da ação penal, sendo o inquérito policial peça importante para sustentar a *justa causa penal*, substanciada pelos indícios de autoria e de materialidade do delito. Durante a primeira fase vigora o nítido caráter inquisitivo⁷, enquanto a ação penal é coroada pelo contraditório e ampla defesa, com o objetivo de se garantir os postulados do Estado Democrático de Direito, coroando, por conseguinte, o sistema misto. Deste modo, pode-se afirmar que “não há acusação no inquérito policial, há apenas investigação conduzida pelo órgão especializado para tal fim, tendo em vista a apuração de uma infração penal e sua autoria” (Oliveira, 2012, p.38).

Conforme observam Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, “o inquérito policial é um procedimento investigatório em cujo tramitar não vigora o princípio do contraditório que, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, só existe após o início

⁶ Utilizamos o termo “sentir” com o sentido de o Poder Judiciário analisar no caso concreto a demanda que lhe foi endereçada. Não concordamos com o significado doutrinário de *persecutio criminis* no sentido de o Estado perseguir o crime, o Estado aplicar uma sanção. Na verdade, os modernos Direito Penal e Processual Penal entendem que, caso seja justo deve-se o Estado absolver, não se entendendo com isso tenha falhado a estrutura judiciária.

⁷ Destaca Guilherme de Souza Nucci existirem três sistemas regentes do processo penal: a) *inquisitivo*, b) *acusatório*, e c) *misto*. O sistema *inquisitivo* é “caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa. O sistema *acusatório* possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. O sistema *misto*, surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”. (Nucci, 2012, p. 78).

efetivo da ação penal, quando já formalizada uma acusação admitida pelo Estado-juiz” (Reis; Gonçalves, 2018, p.53).

A necessidade de o magistrado formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, por força do artigo 155 do Código de Processo Penal, exclui: I) *provas periciais*; II) *provas cautelares*, não sujeitas à repetição e produzidas antecipadamente e III) determinadas *decisões proferidas pelo juiz na fase que antecede a instrução do processo*.

De acordo com Leonardo Barreto Moreira Alves “em um Estado Democrático de Direito, no qual vige o princípio da presunção da inocência e o processo é tido sob uma visão garantista, somente sendo possível a aplicação da pena se há elementos de prova para tanto, surge o inquérito policial como a principal forma de investigação estatal” (Alves, 2014, p.97-98).

Para Aury Lopes Júnior “não se deve começar um processo penal de forma imediata. Em primeiro lugar, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não processo” (Lopes Júnior, 2014, p. 250). O inquérito, nesse sentido, possui também importante papel de proteção da liberdade do investigado, no sentido de garantir provas que possam embasar medidas processuais em relação ao mesmo. De antemão, é importante frisar que “as provas colhidas durante a investigação e materializadas em inquérito policial tem valor relativo; são dotadas de limitada eficácia probatória” (Marcão, 2014, p.129). Assim, não é possível a procedência de ação penal com base em prova exclusiva de inquérito policial.

No caso dos crimes relacionados ao Juizado Especial Criminal (Lei 9.099 de 1995), ou seja, crimes cuja pena máxima não exceda 2 anos e todas as contravenções penais, a peça investigativa é o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), sendo dispensável o inquérito policial. Dispensável, mas não proibido, conforme se subentende do artigo 77, § 1º da referida lei. Em relação aos elementos integrantes do TCO, Capez destaca que:

Constará uma narração sucinta dos fatos, bem como a indicação da vítima, do autor do fato e das testemunhas, em número máximo de três, seguindo em anexo um boletim médico ou prova equivalente, quando necessário para comprovar a materialidade delitiva (dispensa-se o laudo de exame de corpo de delito). Lavrado o termo, este será imediatamente encaminhado ao Juizado de Pequenas Causas Criminais, com competência para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes apenados com no máximo dois anos, ainda que previsto procedimento especial) (Capez, 2013, p.125).

Importante destacar existirem inquéritos extrapoliciais, conforme prevê o parágrafo único do artigo 4º. Como exemplo, pode-se citar: inquéritos realizados por autoridades militares

para apuração de infrações de competência da justiça militar (IPM); investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em regimentos das respectivas Casas, podendo ser criadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante o requerimento de 1/3 dos membros, para apuração de fato determinado, com duração limitada no tempo, conforme previsto no parágrafo 3º do artigo 58 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88); o inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público⁸ para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme artigo 129, inciso III da CRFB/88. Além desses inquéritos extrapoliciais tradicionais, há o inquérito instaurado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em caso de crime cometido em sua sede ou dependência, por previsão do artigo 43 do Regimento Interno do STF, como também os inquéritos instaurados pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências.

Porém, em que pese não haver nulidade⁹ do inquérito, é possível que provas colhidas durante sua feitura sejam nulas. Neste caso a nulidade da prova não tornará nulo o inquérito. Questão interessante é trazida por Norberto Avena: “e se o recebimento da denúncia ou da queixa pelo juiz ocorrer, unicamente, a partir de prova realizada no curso de inquérito que venha a ser, posteriormente, invalidada judicialmente?” (Avena, 2012, p.152).

Neste caso, também não haverá a nulidade do inquérito policial, mas o processo deverá ser trancado, caso seja o único elemento que serviu de base para o recebimento da denúncia. Mas caso “tivesse a inicial acusatória suporte em outra prova, considerada lícita e capaz de justificar o seu recebimento, o processo continuaria íntegro, não havendo que se cogitar de seu trancamento” (Avena, 2012, p.152).

Importante destacar, completando o conceito trazido por Capez (2013), servir o inquérito também como meio de se formar eventuais provas urgentes, que podem desaparecer após o cometimento do crime. Lopes Júnior (2014) cita interessante função da investigação

⁸ A investigação conduzida pelo Ministério Público incomoda parte da doutrina, que entende não poder a referida instituição conduzir investigação. Por outro lado, a jurisprudência entende cabível e legal as investigações promovidas pelo Ministério Público. Tendo a Constituição de 1988 atribuído privativamente em seu artigo 129 inciso I, a promoção da ação penal pública ao Ministério Público, seria impróprio impedi-lo de colher os elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor.

⁹ Renato Marcão destaca: “o que pode ocorrer, e não raras vezes ocorre, é a prática de irregularidade/ilegalidade. Eventual irregularidade/ilegalidade, contudo, qualquer que seja sua natureza, não contamina a ação penal; não cabe ser arguida após a instauração do processo com vistas a pretender a invalidação deste” (Marcão, 2014, p. 130).

preliminar, da qual o inquérito é espécie, qual seja a *função simbólica*, de natureza sociológica, o que significa que, a investigação preliminar, numa dimensão simbólica, contribui para amenizar o mal-estar causado pelo crime através da sensação de que os órgãos estatais atuarão, evitando a impunidade.

Deste modo, é possível afirmar servir o inquérito somente para instruir a futura ação penal, dando-lhe justa causa ou para a comprovação do *fumus boni iuris*, isto é, *fumus delicti*. “Não tem valor judicial, sobretudo para o efeito de condenação do réu” (Gomes, 2005, p.64). Nos dizeres de Nucci, “torna-se preciso registrar que não se deve utilizá-lo como fonte legítima de produção de provas, passíveis de substituírem o efetivo contraditório, que somente em juízo será realizado” (Nucci, 2012, p.77). Exceção à regra são as provas cautelares (perícias, por exemplo) e documentais. Nesses casos, possuem valor judicial.

2.1 Características essenciais do inquérito policial

Em relação às suas características, o inquérito policial deve ser *escrito*, não se concebendo a existência de investigação verbal. Deste modo, prevê o artigo 9º do Código de Processo Penal – CPP que todas as peças do inquérito policial serão reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade policial. Além de escrito, o inquérito deve ser *sigiloso*, devendo a autoridade assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, conforme determina o artigo 20 do CPP. Importante destacar não estender ao membro do Ministério Público, como também à autoridade judiciária, o sigilo do inquérito, já que o Ministério Público é o *dominus litis*, enquanto a autoridade judiciária é quem verificará a legalidade dos atos investigatórios. “No caso do advogado, pode consultar os autos de inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo da investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais” (Capez, 2013, p.120).

Leonardo Barreto Moreira Alves ressalta que o “advogado pode consultar o inquérito policial mesmo que não tenha procuração nos autos, por força do art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.906/94), em garantia à sua prerrogativa profissional, que, se violada, permite o manejo do mandado de segurança” (Alves, 2014, p.113). A questão está tratada também na Súmula Vinculante n.º 14, de 2 de fevereiro de 2009 que prevê ser direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Capez destaca tratar-se de “publicidade que não se

afigura plena e restrita, uma vez que se admite, apenas, a consulta a elementos já colhidos, não se permitindo o acesso às demais diligências em trâmite” (Capez, 2013, p.120).

Comentando a referida Súmula, Guilherme de Souza Nucci destaca: “o mero indiciamento sem provas mínimas já é passível de contraposição por meio do *habeas corpus*. Enfim, a Súmula veio em boa hora” (Nucci, 2012, p.127). Neste mesmo sentido é o posicionamento de Renato Marcão:

A instauração de inquérito policial reclama da autoridade incumbida da tarefa investigatória cuidados especiais, cuja ausência de observância fatalmente acarretará constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus*, que constitui providência jurídica apta a fazer paralisar extraordinariamente a apuração (Marcão, 2014, p.131).

Outra característica do inquérito é sua *oficialidade*, o que significa ser uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo de particular, ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido (como ocorre nos casos de ação penal privada). O inquérito também traz a característica da *oficiosidade*, corolário do princípio da legalidade da ação penal pública. Assim, nos casos de ação penal pública incondicionada, a instauração da peça investigatória se dará de ofício, sem necessidade de provocação de qualquer órgão. Nos casos de ação penal privada e de ação penal pública condicionada, haverá a necessidade da concordância do ofendido ou de seu representante legal.¹⁰

Em que pese a instauração de ofício por parte da autoridade policial, é importante observar que essa deverá observar os requisitos legais para sua instauração. Neste sentido, eventual instauração abusiva de inquérito policial poderá ocasionar responsabilização funcional e criminal (por crime de abuso de autoridade, conforme previsão da Lei n.º 4.898 de 1965).

Questão importante refere-se à impossibilidade de instauração de inquérito policial quando não houver *justa causa*, quando estiver extinta a punibilidade ou quando não houver sinais de existência do fato. Se a autoridade policial o fizer, poderá o ato ser impugnado por intermédio de *habeas corpus*. Entretanto, “o desconhecimento da autoria ou a possibilidade de o sujeito ter agido sob a proteção de alguma excludente de ilicitude (CP, art. 23) não impedem a instauração do inquérito” (Capez, 2013, p.128).

¹⁰ Resumidamente: I) se o delito for de ação penal pública incondicionada, a autoridade deverá agir de ofício (*ex officio*), conforme previsão do inciso I do artigo 5º do Código de Processo Penal; II) se o delito for de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, dependerá da representação de quem de direito, por previsão do § 4º do artigo 5º do Código de Processo Penal; III) se for de ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça, deverá contar com a referida requisição, conforme determina a alínea b do § 3º do artigo 7º do Código de Processo Penal; e IV) se for de ação penal privada, dependerá do requerimento de quem tenha legitimidade para intentá-la, conforme prevê o § 5º do artigo 5º do Código de Processo Penal.

A *autoritariedade*, exigência constitucional (conforme parágrafo quarto do artigo 144 da CRFB/88) se caracteriza como aspecto inerente ao inquérito, o que significa ser esse presidido por uma autoridade pública, no caso a autoridade policial (delegado de polícia de carreira). Importante destacar ser a autoritariedade aspecto parecido com a oficialidade, havendo diferença de grau: enquanto a oficialidade determina a obrigatoriedade da feitura do inquérito por órgãos oficiais, a autoritariedade estatui caber a presidência da investigação à autoridade policial.

O inquérito também é *indisponível*, o que significa que não pode ser o mesmo arquivado pela autoridade policial, por previsão do artigo 17 do CPP. O inquérito policial somente poderá ser arquivado pela autoridade judiciária mediante requerimento do Ministério Público.¹¹ Neste sentido: “*art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito*”. Em relação à questão, destaca Guilherme de Souza Nucci: “nem mesmo a autoridade judiciária pode determinar o arquivamento de inquérito policial se não houver o expreso assentimento do titular da ação penal, que é o Ministério Público” (Nucci, 2012, p.123). Todavia, mesmo depois de um inquérito ser arquivado pela autoridade judiciária, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia, conforme prevê o artigo 18 do Código de Processo Penal, o que faz entender que a decisão que determina o arquivamento¹² do inquérito policial não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo.

Em relação às novas pesquisas, Nucci embasado no teor da Súmula 524¹³ do Supremo Tribunal Federal, destaca que ser “necessário que as provas coletadas sejam substancialmente novas – aquelas realmente desconhecidas anteriormente por qualquer das autoridades –; sob pena de se configurar um constrangimento ilegal” (Nucci, 2012, p.124). Por sua vez, em relação ao arquivamento com fundamento da atipicidade da conduta, o posicionamento jurisprudencial é no sentido de gerar coisa julgada material a decisão, não podendo se investigar fato declarado penalmente irrisório, conforme *decisum* do Supremo Tribunal Federal: HC 83.346-SP, rel. Sepúlveda Pertence, 17.05.2005, *Informativo 388*; HC 84.156-MT, rel. Celso de Mello,

¹¹ Caso o Ministério Público deseje prosseguir com o inquérito policial somente com o intuito de prejudicar alguma pessoa, ou caso não haja elementos sustentadores da sua manutenção, é possível a concessão da ordem de *habeas corpus* para trancar a investigação policial por falta de justa causa.

¹² “A autoridade policial, incumbida apenas de colher os elementos para a formação do convencimento do titular da ação penal, não pode arquivar os autos de inquérito (CPP, art. 17), pois o ato envolve, necessariamente, a valoração do que foi colhido. Faltando a justa causa, a autoridade policial pode (aliás, deve) deixar de instaurar o inquérito, mas, uma vez feito, o arquivamento só se dá mediante decisão judicial, provocada pelo Ministério Público, e de forma fundamentada, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 28)” (Capez, 2014, p. 153).

¹³ Súmula 524 – arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

26.10.2004, Informativo 367. Esse mesmo entendimento pode-se aplicar às excludentes de ilicitude e de culpabilidade, com exceção da exclusão da culpabilidade por doença mental, tendo em vista a possibilidade de se aplicar a medida de segurança ao infrator.

Em relação à atipicidade da conduta, é importante destacar, de acordo com posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que: “a mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana”. (STF, HC 82.969/PR, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30-9-2003, *DJ* de 17-10-2003, p. 37).

2.2 Observações importantes sobre a definitividade do arquivamento do inquérito policial

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, será definitivo o arquivamento do inquérito policial com a certeza da atipicidade formal ou material da conduta ou da extinção da punibilidade. Assim, não haverá denúncia futura.

Se o arquivamento for amparado em excludente de ilicitude, haverá coisa julgada somente formal, mas não material. Nesse caso, o arquivamento não será definitivo, conforme julgamento do HC 95.211, do Supremo Tribunal Federal. O mesmo entendimento é aplicado para as excludentes de culpabilidade, situação em que também não haverá coisa julgada material.

Interessante é o caso do arquivamento do inquérito policial decorrente da morte do autor da conduta (causa de extinção de punibilidade). Nesse sentido, se a certidão de óbito for falsa, o ato de arquivamento será inexistente (STF, HC 84.525), conseqüentemente, não haverá coisa julgada material. Assim, o Ministério Público poderá oferecer denúncia, após atestada a falsidade da certidão de óbito.

No caso de arquivamento homologado por magistrado absolutamente incompetente, ainda assim, haverá coisa julgada material, desde que amparado pela certeza da atipicidade ou da extinção da punibilidade.

Apesar de indisponível, ou seja, uma vez instaurado não poder a autoridade policial arquivá-lo, o inquérito policial pode deixar de ser instaurado quando houver certeza da atipicidade, o que não ocorre em relação às causas de exclusão de antijuridicidade e de culpabilidade. Neste caso, “o problema da exclusão da culpabilidade ou de antijuridicidade deve ser analisado em juízo” (Capez, 2012, p.21).

Talvez a característica mais conhecida do inquérito seja o seu aspecto *inquisitivo*. Para Capez, considera-se inquisitivo:

O procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria (Capez, 2013, p.121).

Flávio Cardoso de Oliveira ressalta que “a forma inquisitória, contudo, não traduz a ideia de que a autoridade policial possa agir arbitrariamente; há apenas concentração de atos em um único órgão. A conduta à frente da investigação deve se pautar pela absoluta legalidade” (Oliveira, 2012, p.42).

Leonardo Barreto Moreira Alves destaca o caráter inquisitivo do inquérito, nos seguintes termos:

Em virtude desse caráter inquisitivo do inquérito, as provas produzidas na fase de investigação, em regra, somente se prestam para fundamentar o oferecimento da ação penal, não se valendo para embasar uma futura sentença condenatória ao fim da ação penal instaurada. Caso se deseje que estas provas sirvam para os fins de um decreto condenatório, exige-se a repetição das mesmas ao longo da instrução processual em juízo, sob o crivo do contraditório (Alves, 2014, p.99).

O inquérito também é *dispensável*, apesar de ser importante para o recolhimento de elementos que elucidem o crime. Caso o titular da ação penal disponha de elementos suficientes para formação da *opinio delicti* não há que se falar em necessidade do inquérito policial. Flávio Cardoso de Oliveira (2012) destaca situação interessante, referente aos crimes cuja prova acusatória é essencialmente documental, como ocorre no crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal), não se fazendo necessário o inquérito policial na maioria das vezes, tendo em vista o próprio sistema informatizado do órgão previdenciário fornecer os dados a respeito de eventual não recolhimento da contribuição previdenciária.

Interessante observar, em relação à não obrigatoriedade do inquérito policial, ser válida inclusive a investigação particular, apesar de limitada, tendo em vista não contar o particular com poderes de autoridade policial (Gomes, 2005).

Essas são as características do inquérito policial. Na próxima subseção será analisada a incomunicabilidade do preso, prevista no Código de Processo Penal, mas não recepcionada pela Constituição de 1988, gerando, todavia, conflitos doutrinários em relação à sua constitucionalidade.

2.3 O problema da incomunicabilidade do preso

Questão polêmica refere-se à incomunicabilidade do preso prevista no artigo 21 do Código de Processo Penal, que determina a possibilidade de a autoridade judiciária, mediante despacho, determinar referida incomunicabilidade pelo prazo máximo de três dias. Há quem defenda a constitucionalidade do instituto, afirmando que, se o constituinte quisesse elevar a proibição à categoria de princípio geral, certamente a teria inserido no artigo 5º da Constituição de 1988, ao lado de outros mandamentos que visam a resguardar os direitos dos presos.

Em sentido contrário, Luiz Flávio Gomes apresenta argumento seguido por considerável parte da doutrina: “se no estado de defesa não é possível (CF, art. 136, § 3º, IV), em situação normal tampouco será” (Gomes, 2005, p.72). No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci:

Cremos estar revogada essa possibilidade pela Constituição Federal de 1988. Note-se que, durante a vigência do Estado de Defesa, quando inúmeras garantias individuais estão suspensas, não pode o preso ficar incomunicável (art. 136, §3º, IV, CF), razão pela qual, em estado de absoluta normalidade, quando todos os direitos e garantias devem ser fielmente respeitados, não há motivo plausível para se manter alguém incomunicável (Nucci, 2012, p.128).

Ora, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906, de 1994) garante no inciso III do seu artigo 7º a comunicação do advogado com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que incomunicáveis. Deste modo, se a medida fosse aplicada, seria inócua, tendo em vista somente impedir, no caso, o acesso do preso aos seus familiares, amigos ou aos outros presos. No mesmo sentido: “sob a vigente ordem Constitucional, não é possível falar em incomunicabilidade do preso. Está revogado o art. 21 do CPP” (Marcão, 2014, p.170). Entende-se, por outro lado, que a incomunicabilidade poderá existir durante o estado de sítio, caso o decreto que o instituir a preveja dentre os direitos e garantias individuais a serem temporariamente suprimidos. Isso porque, no estado de sítio, há uma possibilidade de se instituir, inclusive, a pena de morte, em decorrência da decretação do estado de sítio, no caso de guerra declarada, por exemplo.

Importante ainda destacar o fato de os registros feitos nas folhas de antecedentes serem permanentes. Deste modo, qualquer juízo criminal, requisitando referida Folha, receberá o panorama completo a respeito da vida pregressa do acusado, sem que isso implique em ofensa aos seus direitos fundamentais.

2.4 O inquérito policial como espécie do gênero “investigações criminais”

O inquérito policial não é a única espécie de investigação criminal prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Como outros exemplos, têm-se: *I*) inquérito para apurar crime praticado por Juiz de Direito ou Promotor de Justiça presidido pelo respectivo órgão de cúpula – Tribunal de Justiça ou Procuradoria de Justiça, por força do artigo 33, parágrafo único da Lei Complementar n.º 35/79 – *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*, e artigo 41, parágrafo único da Lei n.º 8625 de 1993 – *Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados*; *II*) inquérito parlamentar presidido por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), por previsão do parágrafo terceiro do artigo 58 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Senado Federal ou a Câmara dos Deputados, cada qual isoladamente ou conjuntamente, poderão, mediante requerimento de no mínimo um terço de seus membros, constituir CPI para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões encaminhadas ao Chefe do Ministério Público, estaduais ou federal, para que tome as providências eventualmente cabíveis.

Controvérsias doutrinárias existem acerca da investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Em relação à questão, Alves (2014) destaca que: “antes, porém, advirta-se que o que está em debate é a possibilidade de o Ministério Público presidir investigação criminal (gênero) e não inquérito policial (espécie), pois, quanto a este último, não há dúvidas de que ele deve ser presidido pela polícia judiciária” (Alves, 2014, p. 105). A principal tese apresentada para sustentar a inconstitucionalidade refere-se ao inciso IV do parágrafo primeiro do artigo 144 da CRFB/88 que afirma destinar a Polícia Federal ao exercício, exclusivo, das funções de polícia judiciária da União.

Importante recordar a Proposta de Emenda à Constituição n.º 37 de 2011 (PEC 37) que pretendia impedir a investigação criminal pelo Ministério Público, que acrescentaria ao artigo 144 o seguinte dispositivo: *a apuração das infrações penais [...] incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente*. Todavia, a PEC 37, depois de intensa pressão popular, foi definitivamente rejeitada e arquivada.

Em decorrência da Teoria dos Poderes Implícitos (*Implied Powers*)¹⁴, a “atribuição da competência constitucional expressa implica, necessariamente, atribuição implícita de todos os poderes necessários (observada a proporcionalidade) para atingir o objetivo insculpido na

¹⁴ Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (MS 26.547 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 29.05.2007).

norma constitucional” (Padilha, 2014, p. 100). Assim, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "O Ministério Público pode, por autoridade própria, realizar investigação de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais, as prerrogativas profissionais, sem prejuízo do controle judicial dos atos praticados pelo *parquet*" (HC 89.837/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 20.11.2009).

2.5 O conhecimento da prática criminosa e o início do inquérito policial

O artigo 5º do Código de Processo Penal prevê as hipóteses de início do inquérito policial, prevendo seu início para os crimes apurados mediante ação penal pública e ação penal privada.

Para apuração dos crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial deverá se iniciar de ofício (por intermédio de portaria¹⁵) ou mediante requisição¹⁶ (da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo). Além dessas hipóteses, prevê o parágrafo terceiro do referido dispositivo que “qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito” (Nucci, 2012, p.89).

Para os crimes de ação penal pública condicionada, o inquérito não poderá ser iniciado sem a representação, enquanto nos crimes de ação penal privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito mediante requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la, conforme preveem os parágrafos quarto e quinto do artigo 5º do Código de Processo Penal.

Em relação aos crimes de ação penal privada, após a conclusão do inquérito policial, os autos serão encaminhados ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado, conforme prevê o artigo 19 do CPP.

Denomina-se *notitia criminis* o conhecimento espontâneo ou provocado pela autoridade policial, de fato aparentemente criminoso. A doutrina costuma dividir a *notitia criminis* em: I)

¹⁵ A portaria deverá conter o esclarecimento das circunstâncias conhecidas, tais como local, dia, hora, autor, vítima, testemunhas, bem como a capitulação legal da infração (Capez; Colnago, 2012).

¹⁶ A requisição, na nova ordem constitucional, tornou-se privativa do Ministério Público, conforme inciso I do artigo 129 da CRFB/88. Em relação à mesma, não pode a autoridade policial se recusar a instaurar o inquérito, “pois a requisição tem natureza de determinação, de ordem, muito embora inexista subordinação hierárquica”. (Capez, 2014, p. 128).

Notitia criminis de cognição *direta, espontânea* ou *imediata*, considerada aquela em que a autoridade policial toma conhecimento do fato criminoso por meio do exercício de suas funções. Nela se insere a denominada *notitia criminis* apócrifa ou inqualificada. Neste caso, o inquérito policial terá início por intermédio de portaria da autoridade policial, de ofício, em caso de crime de ação penal pública incondicionada. Por sua vez, em crime de ação penal pública condicionada, dependerá de representação da vítima ou de seu representante legal, tendo a representação o valor de *delatio criminis* postulatória. De acordo com Marcão, “*delatio criminis, stricto sensu*, é a delação¹⁷, a comunicação feita por particular à autoridade policial a respeito da ocorrência de delito de ação pública incondicionada ou condicionada” (Marcão, 2014, p.137). Em relação aos crimes de ação penal privada, a portaria somente será lavrada se houver o requerimento da vítima ou de seu representante legal. II) *Notitia criminis* de cognição *indireta* ou *mediata*, é aquela na qual a autoridade policial toma conhecimento por intermédio de algum ato jurídico, como a comunicação de terceiros, requisição do juiz ou do Ministério Público, requisição do Ministro da Justiça, representação do ofendido. Também é denominada de *notitia criminis* provocada ou qualificada.

Por último, uma das mais conhecidas modalidades de *notitia criminis* é a de *cognição coercitiva* ou *flagrancial*, que ocorre nos casos de prisão em flagrante. Neste caso, o inquérito policial iniciará em decorrência do próprio auto de prisão em flagrante. Importante lembrar a regra dos artigos 8º, 301 e 302 do Código de Processo Penal que define que qualquer do povo pode e as autoridades policiais e seus agentes devem prender quem quer que seja encontrado em situação de flagrante delito. Capez (2014) observa que “tratando-se de crime de ação pública condicionada, ou de iniciativa privada, o auto de prisão em flagrante somente poderá ser lavrado se forem observados os requisitos dos §§ 4º e 5º do art. 5º do Código de Processo Penal” (Capez, 2014, p. 127).

Popularmente a *notitia criminis* é denominada *denúncia*. A denúncia anônima (denominada *notitia criminis* inqualificada) não poderá ensejar a instauração de inquérito, tendo em vista proibir a Constituição de 1988 o anonimato (artigo 5º, inciso VI), como também existir

¹⁷ É importante frisar que, “excepcionalmente, a lei impõe a determinados profissionais a delação compulsória ou obrigatória de delito que tenha conhecimento em razão do ofício, daí o art. 66, I e II, do Decreto-Lei n.º 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) cominar pena de multa para quem deixar de comunicar à autoridade competente: I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da função pública, desde que ação penal não dependa de representação; II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal” (Marcão, 2014, p. 138).

o tipo penal da comunicação falsa de crime¹⁸. Entretanto, é importante frisar que inúmeros crimes são descobertos por intermédio de “denúncias anônimas”, razão pela qual não se pode desconsiderar tal situação. O que a autoridade policial deverá fazer é investigar os fatos delatados e, caso encontre elementos que sustentem uma investigação a ser conduzida pelo Estado, instaurar o competente inquérito policial. Neste mesmo sentido, Fernando Capez e Rodrigo Colnago lecionam que “a delação anônima (*notitia criminis* inqualificada) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada por parte da autoridade policial, que deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações” (Capez, 2012, p.25).

Assim, é importante observar que no atual estágio de insegurança pública e violência descontrolada não é difícil entender as razões daqueles que optam pelo anonimato. Ademais, “mesmo que de forma anônima, a delação motivada pelo desejo de contribuir com a harmonia social é sempre mais útil que a omissão, que a indiferença de quem tem nome e sobrenome conhecidos” (Marcão, 2014, p.139).

Em relação à competência da Polícia Federal para investigação, importante destacar que, de acordo com o teor da Lei n.º 10.446 de 2002, quando houver repercussão interestadual ou internacional que demandem repressão uniforme, a Polícia Federal poderá investigar as seguintes infrações penais: I) *sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (caso haja motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima)*, II) *formação de cartel (incisos I e II do artigo 4º da Lei n.º 8.137 de 1990)*, III) *infrações penais relativas à violação de direitos humanos, dos quais a República Federativa do Brasil se obrigou a reprimir*, IV) *furto, roubo ou receptação de cargas, bens ou valores, transportados em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios de que a organização criminosa atue em mais de um Estado da Federação*. É importante destacar que a investigação conduzida pela PF não transmite por si só a competência para processamento de ação penal para a Justiça Federal.

Em relação à competência territorial, Fernando Capez e Rodrigo Colnago frisam que: “o delegado poderá ordenar diligências em outra circunscrição, desde que na mesma comarca (CPP, art. 22); se for em outra comarca, a autoridade policial deverá solicitar a prática do ato através de carta precatória” (Capez; Colnago, 2012, p.22).

¹⁸ Neste sentido: “não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade nos campos cível e penal, de quem a implemente. (STF, HC 84.827/TO, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 7-8-2007, DJe 147, de 23-11-2007)”.

A Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal determina que “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

2.6 A sistemática do indiciamento

Iniciado o inquérito policial, deve a autoridade policial tomar as medidas processuais cabíveis. Após isso, poderá indiciar algum suspeito. De acordo com Luiz Flávio Gomes “*indiciamento* significa atribuir a autoria de uma infração penal a uma determinada pessoa” (Gomes, 2005, p.68). Para Capez *indiciamento* “é a declaração do, até então, mero suspeito como sendo o provável autor do fato infringente da norma penal [...] Com o indiciamento, todas as investigações passam a se concentrar sobre a pessoa do indiciado” (Capez, 2013, p.140).

O indiciamento classifica-se em *direto* (quando o agente está presente) ou *indireto* (quando o agente está ausente, como exemplo a situação do foragido ou daquele que estiver em lugar incerto) (Roque; Távora; Alencar, 2016, p. 906).

Com o indiciamento, o suspeito passa a ocupar a posição jurídica de *indiciado*. O indiciamento consiste em ato complexo da autoridade policial, dividindo-se em três partes: I) inicialmente o delegado deve interrogar o suspeito, com observância no que for cabível do previsto para o interrogatório judicial, devendo a leitura do respectivo termo ser presenciada por duas testemunhas; II) após, será ordenada a identificação do investigado; e III) elaborada a folha de sua vida pregressa. Breve síntese, com o indiciamento, “a autoridade manifesta sua convicção a respeito de quem pensa ser o autor do delito” (Marcão, 2014, p.171). De outro lado, o indiciamento pode ser espontaneamente desfeito pela autoridade policial, “caso a continuidade das investigações “desconstrua sua convicção anterior a respeito da autoria” (Marcão, 2014, p.171).

O Ministério Público ou o magistrado não podem requisitar o indiciamento tendo em vista ser ato exclusivo da autoridade policial. Em que pese a ausência legal de determinação das razões do indiciamento, fato é que a autoridade policial deverá explicitar suas razões. Nesse sentido, a requisição judiciária de indiciamento é postura incompatível com o sistema acusatório, conforme *decisum* do Supremo Tribunal Federal (STF, 2013).

Importante esclarecer não estar a autoridade policial obrigada a providenciar advogado legalmente habilitado para o indiciado, pois “o que a Constituição Federal quis, em seu art. 5º, LXIII, foi simplesmente abrir a possibilidade para que ele, querendo, entre em contato com seu

advogado” (Capez, 2013, p.140). Com a Lei n.º 11.449 de 2007, a regra foi modificada um pouco, estando a autoridade policial a partir de então obrigada a encaminhar em 24 horas cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública, caso o autuado não informe o nome de seu advogado.

É possível o *desindiciamento*. “Para tanto, a autoridade deve emitir novo ato revogador do anterior de indiciamento, explicitando motivo consistente na demonstração de sua não vinculação ao fato” (Roque; Távora; Alencar, 2016, p. 906).

2.6.1 Vedações ao indiciamento

Algumas autoridades não podem ser indiciadas diretamente pelo delegado de polícia, que nesse caso deverá, imediatamente, remeter os respectivos autos ao responsável pela respectiva instituição, a quem competirá as providências para o prosseguimento da investigação.

As autoridades que não poderão ser indiciadas pelo delegado de polícia são: I) os magistrados, por força do parágrafo único do artigo 33 da Lei Complementar 35 de 1979; II) os membros do Ministério Público, conforme parágrafo único do artigo 18 da Lei Complementar 75 de 1993 e do artigo 41, parágrafo único, da Lei n.º 8.625 de 1993; e III) parlamentares federais.

2.7 Os prazos para a conclusão do inquérito policial

Regra geral, o inquérito policial deve se encerrar no prazo de 10 dias, estando o réu preso, ou em 30 dias, caso esteja solto. Por sua vez, na Justiça Federal, os prazos são de 15 dias, estando preso, e 30 dias, estando solto, sendo possível uma prorrogação. Em relação à Lei de Drogas, o prazo é de 90 dias estando o réu solto e de 30 dias estando réu preso, podendo tais prazos serem duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária. Em caso de crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521 de 1951), o prazo é de 10 dias, estando o indiciado preso ou solto.

Sendo de 15 dias o prazo para a conclusão de inquérito policial nos crimes de competência da Justiça Federal, importa destacar que, o tráfico internacional de entorpecentes, em que pese ser julgado por essa Justiça, segue o prazo mencionado na Lei de Drogas, uma vez que referida lei é posterior e especial. Assim, o prazo para conclusão será de 30 dias, estando o acusado preso, e de 90 dias, estando o acusado solto.

Importante destacar tratar-se de prazo processual, apesar da polêmica em relação à temática. Gomes destaca que: “o fato de o indiciado estar preso, por si só, não conduz a afirmar que se trata de prazo penal” (Gomes, 2005, p.73). Assim, tratando-se de prazo *processual*, despreza-se na contagem o dia inicial (termo *a quo*) incluindo-se o dia final (termo *ad quem*).

Os prazos de encerramento podem ser dilatados, estando o réu preso ou solto. Porém, caso esteja preso, extrapolando o prazo legal de conclusão, deverá ser o mesmo solto de ofício.

2.8 Providências a serem tomadas pela autoridade policial após o conhecimento da prática da infração penal

O Código de Processo Penal determina, em rol exemplificativo, as providências a serem tomadas pela autoridade policial, a partir do conhecimento da infração penal. Capez destaca que, “embora o inquérito policial seja um procedimento de difícil ritualização, porquanto não tenha uma ordem prefixada para a prática dos atos, o art. 6º do Código de Processo Penal indica algumas providências que, de regra, deverão ser tomadas pela autoridade policial para a elucidação do crime e de sua autoria” (Capez, 2013, p.135). A primeira delas é: I) *dirigir-se ao local do crime, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas, até a chegada dos peritos*. Tal providência é fundamental, especialmente, no caso de infrações penais que deixem vestígios (*declita facti permanentis*), tais como latrocínio, homicídio, estupro, impedindo que a cena do crime seja alterada, seja por ação humana, por intempéries, ou até mesmo pelo decurso do tempo. A regra coaduna com o conteúdo do artigo 169 do CPP que determina que, para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos. De modo contrário, nos acidentes de trânsito, a autoridade ou o agente policial que primeiro tomar conhecimento do fato poderá autorizar, independentemente do exame do local, a imediata remoção das pessoas que tenham sofrido lesão, bem como dos veículos envolvidos, se estiverem na via pública prejudicando o tráfego, por determinação do artigo 1º da Lei n.º 5.970 de 1973.

Posteriormente, a autoridade policial deverá: II) *apreender os objetivos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais*. O Código se refere a todos os objetos que, de qualquer modo, possam contribuir para o êxito da investigação. Em relação às buscas e apreensões realizadas em escritórios de advocacia, é importante destacar que elas não são incomuns, não constituindo os escritórios lugares impenetráveis à investigação de crimes;

III) *Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.*
IV) Ouvir o ofendido. Embora o ofendido não esteja obrigado a dizer a verdade, por não existir no ordenamento jurídico brasileiro a figura típica do *perjúrio*, caso dê causa, com depoimento mentiroso, à instauração de inquérito policial ou outra forma de investigação contra alguém, responderá pelo crime de denúncia caluniosa, previsto no artigo 339 do Código Penal; V) Ouvir o indiciado. Caso o investigado/indiciado, ao ser perguntado sobre sua qualificação, fornecer informação falsa, responderá pelo crime tipificado no artigo 307 do CP (Marcão, 2014); VI) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII) determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII), 1ª parte: *ordenar a identificação do indiciado, pelo processo dactiloscópico, se possível*: a identificação criminal do indiciado é regulamentada pela Lei n.º 12.037 de 2009, que traz a identificação como gênero que comporta duas espécies: identificação datiloscópica e identificação fotográfica; VIII), 2ª parte: *fazer juntar aos Autos sua folha de antecedentes*; IX) *averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar a social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para apreciação do seu temperamento e caráter*; X) *colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. “Tais informações importam, dentre outras coisas, para a individualização da pena e fixação do regime prisional (CP, arts. 33 e 59); substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, III) e concessão de sursis (CP, art. 77)”* (Marcão, 2014, p. 160).

Disposição que deve ser tomada e que não está elencada no respectivo artigo 6º do Código de Processo Penal é a oitiva de testemunha, ou seja, indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal.

2.9 Providências posteriores ao término do inquérito policial

Após sua conclusão, o inquérito policial será encaminhado para o Poder Judiciário, que, imediatamente, o direcionará para o Ministério Público, o dono da lide (*dominus litis*). Tendo recebido os autos, o membro do Ministério Público terá três possibilidades: i) oferecer denúncia ao Poder Judiciário, caso esteja o caderno investigatório robustecido com elementos que

indiquem ser o indiciado o possível autor do fato típico; ii) requisitar ao delegado de polícia novas diligências; iii) requerer o arquivamento do inquérito.

Em relação à última possibilidade, o denominado Pacote Anticrime, Lei n. 13.964, de 2019, trouxe uma novidade importante. Originalmente, o Código de Processo Penal adotou a seguinte proceduralização em caso de pedido de arquivamento do inquérito: i) MP requer arquivamento ao Poder Judiciário; ii) Poder Judiciário pode concordar ou discordar do pedido (se concordar o inquérito estará arquivado, se discordar, deverá o magistrado encaminhar o inquérito ao Procurador-Geral de Justiça - PGJ); iii) no caso de discordância, chegando os Autos ao Procurador-Geral de Justiça, ele poderá concordar com o promotor de justiça que requereu o arquivamento, ocasião em que o inquérito será arquivado. Se o PGJ discordar do pedido de arquivamento feito pelo promotor de justiça, o próprio Procurador-Geral de Justiça poderá oferecer denúncia ou poderá requisitar que outro promotor o faça. Nesse caso, o promotor a quem foi delegada a atribuição de oferecimento da denúncia estará obrigado a fazê-lo.

Com a nova sistemática trazida pelo Pacote Anticrime, o próprio promotor de justiça ordenará o arquivamento, não havendo mais a possibilidade de o Poder Judiciário interferir na sistemática. Conforme definido no artigo 28:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

A revisão poderá ocorrer por intermédio da instância revisional do próprio MP, que receberá os autos diretamente do promotor de justiça. Além dessa possibilidade, o parágrafo primeiro do dispositivo possibilitou que a vítima ou o seu representante legal também requeiram o arquivamento. Trata-se de uma modificação legislativa que se harmoniza com a estrutura acusatória do processo penal.

Em janeiro de 2020, esse dispositivo, juntamente com outros, teve sua aplicação suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio de decisão da lavra do Ministro Juiz Fux. A decisão de suspensão se deu por questões financeiras relacionadas ao preparo orgânico do MP para operacionalizar a determinação trazida pelo referido dispositivo.

3 CONCLUSÃO

O inquérito policial é utilizado para a coleta de informações referentes autoria e materialidade de fatos típicos, consistindo em investigação potencialmente apta a angariar elementos para uma ação penal. Além do tradicional inquérito policial (conduzido pela política judiciária) existem os inquéritos extrapoliciais.

No que se refere às características, o inquérito policial deve ser *escrito*, não se concebendo a existência de investigação verbal. Todas as peças do inquérito policial devem ser reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade policial. Ademais, o inquérito é *sigiloso*, devendo a autoridade assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, conforme determina o artigo 20 do CPP.

A *oficialidade* é outra característica importante do inquérito, o que significa ser uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais. O inquérito também traz a característica da *oficiosidade*, corolário do princípio da legalidade da ação penal pública.

O inquérito também é *indisponível*, o que significa que não pode ser o mesmo arquivado pela autoridade policial, por previsão do artigo 17 do CPP. Importante não confundir a indisponibilidade com a facultatividade do inquérito policial, ou seja, o fato de não ser obrigatória a realização do inquérito para colheita de provas.

Em caso da certeza da sua atipicidade, o arquivamento do inquérito policial será definitivo, não podendo haver denúncia futura, nesse caso. Por sua vez, caso o arquivamento esteja amparado em excludente de ilicitude, haverá coisa julgada somente formal, mas não material.

A característica mais conhecida do inquérito é a sua *inquisitorialidade*, ou seja, o inquérito policial se concentra nas mãos de uma única autoridade (geralmente, do delegado de polícia, salvo algumas exceções), que não precisa da provocação de quem quer que seja para atuar.

O inquérito também é *dispensável*, apesar de ser importante para o recolhimento de elementos que elucidem o crime.

Nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial deverá se iniciar de ofício (por intermédio de portaria) ou mediante requisição (da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo). Além dessas hipóteses, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito,

comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

Nos casos dos crimes de ação penal pública condicionada, o inquérito não poderá ser iniciado sem a representação. Por sua vez, nos crimes de ação penal privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito mediante requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la, conforme preveem os parágrafos quarto e quinto do artigo 5º do Código de Processo Penal.

Nas hipóteses de crimes de ação penal privada, após concluído o inquérito policial, os autos serão encaminhados ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado, conforme prevê o artigo 19 do CPP.

De acordo com a regra tradicional, o inquérito policial deve se encerrar no prazo de 10 dias, estando o réu preso, ou em 30 dias, caso esteja solto. Por sua vez, na Justiça Federal, os prazos são de 15 dias, estando preso, e 30 dias, estando solto, sendo possível uma prorrogação. Há prazos diferentes na legislação especial. Nesse sentido, em relação à Lei de Drogas, o prazo é de 90 dias estando o réu solto e de 30 dias estando réu preso, podendo tais prazos serem duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária. Em caso de crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521 de 1951), o prazo é de 10 dias, estando o indiciado preso ou solto.

Em relação às providências a serem tomadas, o Código de Processo Penal determina, em rol exemplificativo, as providências a serem tomadas pela autoridade policial, a partir do conhecimento da infração penal, sendo elas: I) *dirigir-se ao local do crime, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas, até a chegada dos peritos*, II) *apreender os objetivos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais*. O Código se refere a todos os objetos que, de qualquer modo, possam contribuir para o êxito da investigação. Em relação às buscas e apreensões realizadas em escritórios de advocacia, é importante destacar que elas não são incomuns, não constituindo os escritórios lugares impenetráveis à investigação de crimes; III) *Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*. IV) Ouvir o ofendido. Embora o ofendido não esteja obrigado a dizer a verdade, por não existir no ordenamento jurídico brasileiro a figura típica do *perjúrio*, caso dê causa, com depoimento mentiroso, à instauração de inquérito policial ou outra forma de investigação contra alguém, responderá pelo crime de denúncia caluniosa, previsto no artigo 339 do Código Penal; V) Ouvir o indiciado. Caso o investigado/indiciado,

ao ser perguntado sobre sua qualificação, fornecer informação falsa, responderá pelo crime tipificado no artigo 307 do CP (Marcão, 2014); VI) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII) determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII), 1ª parte: *ordenar a identificação do indiciado, pelo processo dactiloscópico, se possível*: a identificação criminal do indiciado é regulamentada pela Lei n.º 12.037 de 2009, que traz a identificação como gênero que comporta duas espécies: identificação datiloscópica e identificação fotográfica; VIII), 2ª parte: *fazer juntar aos Autos sua folha de antecedentes*; IX) *averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar a social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para apreciação do seu temperamento e caráter*; X) *colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa*.

Após sua conclusão, o inquérito policial será encaminhado para o Poder Judiciário, que, imediatamente, o direcionará para o Ministério Público, o dono da lide (*dominus litis*). Recebido os autos, o membro do Ministério Público terá três possibilidades: i) oferecer denúncia ao Poder Judiciário, caso esteja o caderno investigatório robustecido com elementos que indiquem ser o indiciado o possível autor do fato típico; ii) requisitar ao delegado de polícia novas diligências; iii) requerer o arquivamento do inquérito.

O Pacote Anticrime, Lei n. 13.964, de 2019, trouxe uma novidade importante em relação ao arquivamento do inquérito. Com a nova sistemática trazida pelo Pacote Anticrime, o próprio promotor de justiça ordenará o arquivamento, não havendo mais a possibilidade de o Poder Judiciário interferir na sistemática. Nesse caso, poderá haver uma revisão por intermédio da instância revisional do próprio MP, que receberá os autos diretamente do promotor de justiça. Além dessa possibilidade, o parágrafo primeiro do dispositivo possibilitou que a vítima ou o seu representante legal também requeiram o arquivamento. Trata-se de uma modificação legislativa que se harmoniza com a estrutura acusatória do processo penal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Curso de processo penal**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Curso de processo penal**: parte geral. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 ago. 2023.

CAROCCA PÉREZ, Álex. **El nuevo sistema procesal penal**. 3. ed. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Prática forense penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: 11. ed. Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação criminal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OS IMPACTOS DAS LEIS TRABALHISTAS DE PROTEÇÃO À MULHER: TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE

Graciane Rafisa Saliba¹

Ludmilla Priscilla de Oliveira²

RESUMO

A evolução da mulher no mercado de trabalho e a luta para igualdade de tratamento com os homens está em constante evolução, e paulatinamente aumenta o arcabouço jurídico para sua eficácia. Há previsão na Constituição Federal (CF/88), na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e leis esparsas, e trata-se de um direito e uma garantia fundamental, ligado à dignidade da pessoa humana, a fim de proporcionar o respeito, a empatia, a solidariedade, a valorização, a proteção à maternidade, gerando condições igualitárias de colocação no mercado de trabalho, na busca da igualdade de salário e condições dignas de labor. Apesar das previsões legais ainda há desafios e discussões de como os direitos adquiridos geram impactos na sociedade, carecendo de conscientização e valorização das profissionais que assumem tantos papéis e responsabilidades na família, trabalho e em tantas áreas, sendo que apesar das diferenças biológicas, apresentam características e peculiaridades que podem se destacar na capacidade de resolução de conflitos, equilíbrio, organização e sabedoria nas tarefas diárias, tendo plenas condições de assumirem cargos de liderança com destreza. O presente artigo elucida as leis contemporâneas que tratam do tema, por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito do trabalho; proteção do trabalho da mulher; leis trabalhistas, igualdade de tratamento, impactos na sociedade.

1- INTRODUÇÃO

A despeito da evolução observada nas últimas décadas, as mulheres ainda enfrentam desafios e dificuldades para ascensão profissional no mercado de trabalho, em pleno século XXI. Apesar de constituírem a maioria da população, as mulheres ainda são minoria no mercado de trabalho, especialmente em cargos de gestão, mesmo com escolaridade mais alta. No ambiente laboral, ainda sofrem com discriminação e desvalorização social e econômica e salários inferiores, ainda que desempenhem trabalho de igual valor que os homens ou até com maior qualificação.

¹ Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

² Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade de Pará de Minas. Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC Minas. Advogada e Assessora Jurídica na Faculdade de Pará de Minas.

A violência e o assédio sexual e moral que era silenciado ou considerado normal pelo machismo estrutural, hoje constituem violação dos direitos humanos, sendo reconhecida a urgência da eliminação desses abusos no mundo do trabalho, em 2019 a Organização Internacional do Trabalho adotou a “Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho”, esperando a ratificação do Brasil.

Atualmente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 377³, garante que a proteção ao trabalho da mulher é de ordem pública. Assim, a mulher não pode renunciar à tutela do direito ao trabalho. Vislumbram-se inúmeros desafios de como administrar tempo para o autocuidado, atenção para a família, marido, filhos, responsabilidades com casa e trabalho, igualdade de salários e tantos outros. Todavia, a cada dia as mulheres estão conseguindo mais espaço e a mudança de mentalidade e postura se faz necessária.

Para tanto, o presente artigo tem o condão de suscitar uma reflexão sobre algumas leis que compõem o arcabouço legal no Brasil, no que tange à busca de igualdade de oportunidades e não discriminação das mulheres no mercado de trabalho, por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental.

2- A EVOLUÇÃO DAS LEIS NO BRASIL PARA PROTEÇÃO DA MULHER

O trabalho da mulher passou a ter grande realce durante a Revolução Industrial, além de ter sido também influenciado pelas guerras, nas quais as mulheres se viram sozinhas precisando cuidar da casa e da prole, além de se tornarem uma força produtiva. Momentos históricos reforçam a ideia de que as mulheres foram inseridas no mercado de trabalho como uma alternativa barata e sem direitos, substituindo a mão de obra masculina, especialmente a partir da Revolução Industrial, com salários inferiores aos dos homens. As mulheres eram submetidas a uma jornada de trabalho de 14 a 16 horas por dia. Igualmente, a ela cabia cuidar da casa nos seus afazeres domésticos e dos filhos. Nessa época, as fases de gestação e de amamentação eram desprezadas. Além da exposição ao ambiente de trabalho insalubre e perigoso, cumprindo obrigações superiores às suas condições físicas.

Por muitas décadas, as mulheres que trabalhavam fora de casa eram vistas como não honestas, não dignas. Quando as mulheres da classe média foram trabalhar tiveram de ouvir que “estavam tirando o trabalho dos chefes de família”. Assim, o trabalho remunerado da mulher por muito tempo foi reprovado moralmente, pois se

³ Art. 377 - A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário.

considerava que ele a submeteria a uma condição “imprópria a seu sexo” (PINSKY, 2008, p. 497).

No Brasil, o Decreto 21.417-A, de 1932, foi à primeira norma que regulamentou o trabalho da mulher na indústria e no comércio. Tal norma proibia o trabalho da mulher à noite (das 22 horas de um dia às 5h do dia seguinte), remoção de pesos, trabalho nas minas e em lugares insalubres e perigosos. Aqui, o período de gestação e de amamentação passou a ser considerado e concedia às mulheres pequenas prerrogativas como: quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, a mulher não podia se expor a trabalhos perigosos e tinha dois períodos de meia hora cada um para amamentação nos primeiros seis meses de vida de seus filhos (MARTINS, 2009, p. 583).

No decorrer do tempo outros regramentos protecionistas foram sendo feitos, culminando, em 1943, no que se vislumbra atualmente como Capítulo III – Da Proteção do Trabalho da Mulher (artigo 372⁴, da CLT), parte exclusiva da CLT que disciplina e protege o trabalho da mulher.

As Constituições a partir de 1934 deram grande impulso a favor de tal proteção, proibindo a discriminação do trabalho da mulher quanto a salários, vedando o trabalho em lugares insalubres, dando garantia de repouso antes e depois do parto, além de assegurar os benefícios da previdência e de amparo em favor da maternidade, além de ter determinado a criação de um salário mínimo capaz de atender às necessidades da vida de um trabalhador chefe de família, o qual seria adotado em 1941.

A Constituição de 1937 proibiu o trabalho da mulher em indústrias insalubres, assegurava assistência médica à gestante e repouso antes e pós-parto, sem prejuízo do salário (MARTINS, 2009, p. 583).

A Constituição de 1946 proibiu a diferença de salário por motivo de sexo; proibiu o trabalho da mulher em indústrias insalubres; assegurava o descanso antes e pós-parto, sem prejuízo do emprego e do salário; reconheceu a assistência sanitária, médica e hospitalar à gestante e prescreveu o benefício da previdência em caso de maternidade (MARTINS, 2009, p. 583).

A Constituição de 1967 vedava a diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo; não permitia o trabalho da mulher em indústrias insalubres; assegurava o descanso remunerado à gestante antes e pós-parto, sem prejuízo do emprego e do salário;

⁴ Art. 372 - Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

assegurava a previdência social, visando à maternidade, bem como garantia aposentadoria a mulher aos 30 anos de trabalho, com salário integral (MARTINS, 2009, p. 583/584).

A Lei 5.673/71 permitiu o trabalho noturno da mulher em serviços de processamento de dados e em indústrias de manufaturados de couro, os quais tenham contratos de exportação autorizados pelos órgãos públicos competentes (MARTINS, 2009, p. 584).

A Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso I, assegura que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, não mais justificando qualquer distinção entre ambos. Essa regra já constava no artigo VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Já o artigo 7º da Carta traz ainda como direito: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (inciso XVII); proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (inciso XX); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX). O artigo 10, II, b, do ADCT garante o emprego à mulher gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A proteção à maternidade se encontra prevista a partir do artigo 391 da CLT (MARTINS, 2009, p. 596). Contudo, uma situação é peculiar: se ocorrer aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a licença-maternidade da trabalhadora será de duas semanas (artigo 395, da CLT).

O Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário RE 629053/SP, em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes lembrou que o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal/88 prevê a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Até que essa lei seja editada, fica vedada a dispensa sem justa causa da gestante, de forma a garantir-lhe uma estabilidade econômica, desde a gravidez até cinco meses após o parto. Para o ministro, o texto constitucional coloca como termo inicial a gravidez. “O requisito para o reconhecimento da estabilidade provisória é biológico”, afirmou. Ele enfatizou que a matéria envolve direitos individuais e sociais irrenunciáveis da mãe e do bebê, independentemente de desconhecimento da gestante ou da ausência de comunicação:

Ementa: DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida

aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa. (Disponível no www.stf.jus.br, acesso em 13/09/2023).

Como meio de proteção e respeito aos direitos da gestante e da lactante, o artigo 396 da CLT garante à trabalhadora dois intervalos especiais de 30 minutos para amamentação, até que a criança complete seis meses de idade. Nos estabelecimentos que empreguem pelo menos 30 mulheres, com mais de 16 anos de idade, terão que contar com local onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos, no período de amamentação. Porém, tal determinação pode ser suprida por meio de creches distritais, mantidas, direta ou indiretamente, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou sob a responsabilidade do SESI, SESC ou de entidades sindicais (artigo 389, parágrafos 1º e 2º da CLT). Ainda, o local destinado à guarda dos filhos das operárias durante o período de amamentação deverá contar com, no mínimo, um berçário, uma sala de amamentação, cozinha e instalação sanitária (artigo 400 da CLT) (BARROS, 2008, p. 1.092).

A CLT, além de um capítulo específico para proteção do trabalho da mulher, garante a estabilidade de emprego da gestante, licença maternidade; direito a repouso no caso de aborto natural, proibição de discriminação de qualquer natureza, direito a remuneração igualitária, força muscular. Nesse contexto, o entendimento de Sérgio Pinto Martins:

A Lei nº 7.855/89 revogou o art. 387 da CLT, sendo que agora não é mais proibido o trabalho em subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública e particular. Quanto às atividades perigosas e insalubres, a própria Constituição já não veda o trabalho na última condição, além do que a alínea b do art. 387 da CLT foi também revogada pela Lei nº 7.855/89. Temos como consequência que a mulher pode trabalhar em locais perigosos, insalubres ou penosos, mesmo em postos de gasolina, como vem ocorrendo. Ao empregador será vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo, ou 25 quilos para o trabalho ocasional. Entretanto, se esse trabalho for feito por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão

ou quaisquer aparelhos mecânicos, haverá permissão legal (parágrafo único do art. 390 da CLT). (MARTINS, 2023, p. 405).

Vislumbra-se, assim, que diversos institutos e previsões legais que protegem a mulher foram sendo criados com o passar do tempo, entretanto, ainda há muito a ser implementado, e outras leis específicas foram sendo feitas, além da CLT, a lei 14.611, de igualdade salarial entre homens e mulheres, a lei 14.612, que alterou o Estatuto da Advocacia, a Lei 14.457/22, que instituiu o Programa Emprega + mulheres, e a lei 14.542, que serão apresentadas a seguir.

3 DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE DA MULHER E REFLEXÕES NOS TRIBUNAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XVIII, estabeleceu como direito das trabalhadoras urbanas e rurais a licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias. A CLT, ainda, apresenta medidas de proteção à maternidade, em seus artigos 391 a 400, sendo que o estado de gravidez e o matrimônio são motivos proibidos de discriminação. Como regra, a licença é de 120 dias podendo ser prorrogada para 180 dias para as mulheres que trabalhem em empresas participantes do Programa Empresa Cidadã instituídas pela Lei 11.770/08.

Esses dispositivos, que versam sobre a proteção à maternidade, são também aplicados às empregadas domésticas, às trabalhadoras avulsas, às seguradas especiais e às trabalhadoras autônomas. As estagiárias, no entanto, não usufruem desse direito – somente poderiam usufruir se contribuíssem para a Previdência Social na modalidade “facultativa”, pois não são consideradas contribuintes compulsórias (por não ter a bolsa natureza de renda, mas de auxílio-educação).

Entretanto, apesar dessas previsões, as novas modalidades de trabalho e de contratação ainda suscitam debates sobre a aplicabilidade de tais direitos, como se pode verificar em recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho - TRT3, o juiz Alexandre Reis Pereira de Barros, titular da 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre-MG, afastou o direito à estabilidade no emprego pretendido por uma gestante admitida por contrato de trabalho temporário, nos termos da Lei 6.019/1974:

Não houve dúvida de que a empregada estava grávida quando foi dispensada. Entretanto, de acordo com o julgador, diante da ausência de previsão legal, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei 6.019/1974. A impossibilidade de prorrogar

indefinidamente o contrato temporário constitui medida legal que objetiva a proteção do próprio trabalhador, na medida em que impede a utilização abusiva do regime pela empresa, em detrimento da contratação por prazo indeterminado. “Também não custa lembrar que a própria Lei nº 6.019/1974 elencou os direitos usufruídos pelos trabalhadores temporários, em seu artigo 12, inexistindo previsão legal da estabilidade à gestante”. (Disponível no site www.trt3.jus.br, processo nº: 0010924-98.2021.5.03.0075, publicação 17/12/2021, acesso em 13/09/23).

O juiz ainda ponderou que, no julgamento do Incidente de Assunção de Competência nº 0005639-31.2013.512.0051, o próprio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho ressaltou que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou a respeito da matéria em questão, uma vez que, nos precedentes julgados pela Suprema Corte, não houve exame sobre a aplicabilidade da garantia à gestante ao trabalhador contratado no regime da Lei 6.019/1974, mas às contratações precárias da Administração Pública, a exemplo das ocupantes de cargos em comissão ou das contratações administrativas em regime emergencial temporário. “Logo, também por tal fundamento, fica afastada a incidência do entendimento constante do item III da Súmula 244 do TST”, destacou.

Apesar da fundamentação da decisão, ainda paira a dúvida se realmente a decisão judicial foi justa de acordo com os princípios constitucionais e processuais da dignidade da pessoa humana, proteção à mulher e ao nascituro, sendo um direito e uma garantia que visa à proteção à vida, vínculo materno entre mãe e filho, a fim de gerar um equilíbrio econômico e financeiro, psicológico para a família gerando impactos ao longo dos anos.

Em recente decisão o Supremo Tribunal Federal –STF- decidiu que o termo inicial da licença maternidade e do salário maternidade é da alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último com base nos princípios constitucionais e legais do direito, a fim de efetivar a proteção da mulher de forma igualitária e justa diante da situação no caso concreto. Vejamos o entendimento doutrinário e acórdão:

O STF entendeu que o termo inicial da licença maternidade e do respectivo salário-maternidade é a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período o benefício, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no parágrafo 2º do art. 392 da CLT, e no parágrafo 3º do art. 93 do Decreto nº 3.048/99. Em caso de parto antecipado, a mulher também terá direito aos 120 dias. Em casos excepcionais, a empregada poderá mudar de função mediante determinação do médico. O direito à licença-maternidade não fica, entretanto, condicionado ao nascimento do filho com vida. A empregada doméstica terá direito ao salário-maternidade em valor correspondente ao do seu último salário de contribuição. (MARTINS, 2023, p. 405).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONVERTIDA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DE TERMO INICIAL DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE SALÁRIO-MATERNIDADE A PARTIR DA ALTA HOSPITALAR DO RECÉM-NASCIDO OU DA MÃE, O QUE OCORRER POR ÚLTIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO §1º DO ART. 392, DA CLT, E DO ART. 71 DA LEI 8.213/1991. NECESSÁRIA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Cumpridos os requisitos da Lei nº. 9.882/99, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende possível a fungibilidade entre ADI e ADPF. 2. A fim de que seja protegida a maternidade e a infância e ampliada a convivência entre mães e bebês, em caso de internação hospitalar que supere o prazo de duas semanas, previsto no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto nº. 3.048/99, o termo inicial aplicável à fruição da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade deve ser o da alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, prorrogando-se ambos os benefícios por igual período ao da internação. 3. O direito da criança à convivência familiar deve ser colocado a salvo de toda a forma de negligência e omissão estatal, consoante preconizam os arts. 6º, caput, 201, II, 203, I, e 227, caput, da Constituição da República, impondo-se a interpretação conforme à Constituição do §1º do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do art. 71 da Lei nº. 8.213/1991. 4. Não se verifica critério racional e constitucional para que o período de licença à gestante e salário-maternidade sejam encurtados durante a fase em que a mãe ou o bebê estão alijados do convívio da família, em ambiente hospitalar, nas hipóteses de nascimentos com prematuridade e complicações de saúde após o parto. 5. A jurisprudência do STF tem se posicionado no sentido de que a ausência de previsão de fonte de custeio não é óbice para extensão do prazo de licença-maternidade, conforme precedente do RE nº. 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. A prorrogação de benefício existente, em decorrência de interpretação constitucional do seu alcance, não vulnera a norma do art. 195, §5º, da Constituição Federal. 6. Arguição julgada procedente para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, §1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei nº. 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto nº. 3.048/99), de modo a se considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período os benefícios, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto nº. 3.048/99. ADI 6327 / DF (Disponível no site www.stf.jus.br, acesso em 1/09/23).

A previsão legal não encerra as adversidades que podem surgir dos direitos das mulheres, e os exemplos trazidos representam apenas algumas questões que vêm sendo debatidas nos tribunais, e demonstram a inconsistência de tais direitos, já que as leis não exaurem o tema.

4-AS RECENTES ATUALIZAÇÕES LEGISLATIVAS EM FAVOR DAS MULHERES E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE

Algumas leis recentemente provocaram inovações na seara da proteção ao trabalho das mulheres. A lei 14.457, de 2022 inovou ao trazer o Programa Emprega + mulheres com previsões de um olhar mais atento para as condições de trabalho da mulher. A lei 14.542, de

2023, trouxe a garantia de prioridade para mulheres em situação de violência doméstica no Sistema Nacional de Emprego, para que consigam ser inseridas no mercado de trabalho. Já a lei 14.611/2023 trouxe o tema da igualdade, que apesar de tratado na seara constitucional, e em tratados ratificados pelo Brasil, seja ela igualdade de tratamento, bem como de salários e não discriminação, ainda carece de eficácia. A lei 14.612 levou a mudanças no Estatuto da Advocacia, e a lei 14.614 trouxe a inovação de bolsas para atletas gestantes ou puérperas.

4.1 Lei 14.457/22: instituição do Programa Emprega + mulheres

A Lei 14.457/22 ficou conhecida como a Lei do Programa Emprega + Mulheres, e apresenta como regra a implementação de capacitações e treinamentos, reforçando a necessidade de inclusão e não discriminação das mulheres no mercado de trabalho.

De forma geral, a Lei apresenta como medidas obrigatórias a elaboração e a inclusão de regras de conduta a respeito do assédio sexual, além de outras formas de violência nos Códigos e Políticas da empresa, assim como expressamente destaca a necessidade de divulgação ampla do conteúdo das regras de conduta do combate ao assédio sexual aos empregados e às empregadas, com a fixação de procedimento próprio para recebimento e acompanhamento de denúncias, com a devida apuração dos fatos e aplicação de sanções administrativas envolvendo atos de assédio sexual e violência.

Além disso, trouxe a previsão de inclusão na pauta da CIPA de temas referentes à prevenção e ao combate ao assédio sexual e a outras formas de violência, com o dever de realizar, a cada 12 meses, ações de capacitação, de orientação e de sensibilização sobre os temas relacionados à violência, ao assédio, à igualdade e à diversidade no âmbito do trabalho.

4.2 Lei 14.542/23: garante prioridade para mulheres em situação de violência doméstica no Sine

A Lei 14.542/23 estabelece que mulheres em situação de violência doméstica ou familiar terão prioridade no Sistema Nacional de Emprego (Sine), facilitando a inserção no mercado de trabalho e a trilha da autonomia financeira. Há previsão de reserva de 10% das vagas ofertadas para intermediação.

Conforme a proposição legislativa, a possibilidade de as mulheres terem acesso a renda própria contribui para que possam se afastar do ambiente de violência permanente em que se

encontram, e estimular, assim, o ingresso da mulher vítima de violência doméstica no mercado de trabalho.

Ademais, a própria Lei 11.340/06 mais conhecida como Lei Maria da Penha já previa no seu artigo 9º, inciso II, a proteção e manutenção do vínculo trabalhista quando necessário o afastamento do local de trabalho, neste sentido:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.(...) II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

As iniciativas legais são de suma importância, resta saber se haverá efetividade e como será fiscalizada atuação das empresas, além de ser feito um estudo se a proteção em excesso pode dificultar a inserção da mulher no mercado de trabalho ao invés de facilitar.

4.3- Lei 14.611/23: lei da igualdade salarial entre mulheres e homens

Está em vigor, desde o dia 4 de julho de 2023, a Lei 14.611/23 garante a igualdade de salário e de critérios de remuneração entre trabalhadoras e trabalhadores. Trata-se de uma reivindicação histórica das mulheres, a Lei da Igualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios estabelece a obrigatoriedade da política de salário igual para trabalho igual. Além de multa, a legislação exige transparência de relatórios remuneratórios para empresas de médio e grande porte.

A lei determina que, na hipótese de discriminação por motivo de sexo, raça, etnia, origem ou idade, o pagamento das diferenças salariais devidas não exclui o direito de quem sofreu a discriminação ajuizar uma ação trabalhista de indenização por danos morais, considerando-se as especificidades do caso concreto.

Dados estatísticos da Justiça do Trabalho apontam que, em 2022, a equiparação salarial ou a isonomia foi objeto de 36.889 processos ajuizados em todo o país. Sobre promoção relacionada a diferenças salariais, o total foi de 9.669 processos. A informação, contudo, não apresenta um recorte específico sobre a diferença de gênero nas ações.

Para a ministra do Tribunal Superior do Trabalho Liana Chaib, quando um homem e uma mulher ocupam o mesmo cargo, não há como justificar, perante a sociedade, o privilégio desmerecido ou a diminuição infundada. “Se eles exercem as mesmas funções, no mesmo local

e com o mesmo grau de perfeição técnica e, no entanto, um deles é mais bem remunerado, estamos diante de um desvirtuamento inexplicável", destaca.

Neste contexto, o artigo 4º da Lei 14.611/2023 expõe:

Art. 4º A igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens será garantida por meio das seguintes medidas:

I – estabelecimento de mecanismos de transparência salarial e de critérios remuneratórios;

II – incremento da fiscalização contra a discriminação salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens;

III – disponibilização de canais específicos para denúncias de discriminação salarial;

IV – promoção e implementação de programas de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho que abranjam a capacitação de gestores, de lideranças e de empregados a respeito do tema da equidade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, com aferição de resultados; e

V – fomento à capacitação e à formação de mulheres para o ingresso, a permanência e a ascensão no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens.

Há, portanto, a previsão expressa de igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre homens e mulheres, com medidas trazidas de maneira sugestiva, o que dificulta a eficácia e fiscalização do cumprimento da mesma.

4.4 - Lei 14.612 - Alteração no Estatuto da Advocacia

A Lei 14.612 de 2023 altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), para incluir o assédio moral, o assédio sexual e a discriminação entre as infrações ético-disciplinares no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil. O objetivo da medida é garantir que o Estatuto da Advocacia, que rege as normas da profissão de advogado no Brasil, atue para prevenir e punir agressores. O texto prevê o implemento da pena de suspensão do exercício profissional pelo prazo de um mês a um ano ao infrator condenado. Vejamos:

Art. 34 – (...)

XXX - praticar assédio moral, assédio sexual ou discriminação.

(...)

§ 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - assédio moral: a conduta praticada no exercício profissional ou em razão dele, por meio da repetição deliberada de gestos, palavras faladas ou escritas ou comportamentos que exponham o estagiário, o advogado ou qualquer outro profissional que esteja prestando seus serviços a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de lhes causar ofensa à personalidade, à dignidade e à integridade psíquica ou física, com o objetivo de excluí-los das suas funções ou de desestabilizá-los emocionalmente, deteriorando o ambiente profissional;

II - assédio sexual: a conduta de conotação sexual praticada no exercício profissional ou em razão dele, manifestada fisicamente ou por palavras, gestos ou outros meios, proposta ou imposta à pessoa contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual;

III - discriminação: a conduta comissiva ou omissiva que dispense tratamento constrangedor ou humilhante a pessoa ou grupo de pessoas, em razão de sua deficiência, pertença a determinada raça, cor ou sexo, procedência nacional ou regional, origem étnica, condição de gestante, lactante ou nutriz, faixa etária, religião ou outro fator.”(NR)

As modificações tornam mais evidentes a necessidade de se coibir qualquer forma de assédio e discriminação na classe, com, além das penalidades cíveis, também administrativas, podendo a própria OAB punir em caso de infração ao Estatuto da Advocacia.

4.5- Lei 14.614 - Licença-maternidade para beneficiadas do Bolsa-Atleta

Outra Lei de 2023 em favor das mulheres veio com a sanção da Lei nº 14.614 que garante às atletas gestantes ou puérperas a segurança de continuar se beneficiando do Programa Bolsa Atleta – principal programa de suporte ao esporte de alto desempenho no país e um dos principais do mundo. O texto prevê a proteção para as atletas no período de gestação acrescido do período de até seis meses após o nascimento do bebê, num total de até 15 parcelas mensais sucessivas. Com as mudanças, as mães atletas têm um período maior para comprovar os resultados esportivos, uma das exigências para os bolsistas.

5- CONCLUSÃO

Conclui-se que recentemente várias leis foram sancionadas para proteção da mulher no ambiente de trabalho, expressando regras que foram conquistadas ao longo do tempo, e visam, sobretudo, a dar proporcionalidade à desigualdade existente entre os gêneros, ou, em outras palavras, a compensar as diferenças biológicas e sociais que existem entre o homem e a mulher.

Neste contexto, há uma mudança de mentalidade e educação de toda a sociedade, na qual está valorizando e reconhecendo o trabalho da mulher, a qual consegue administrar várias áreas da vida com maestria, não apenas no ambiente doméstico, familiar, mas em todas as áreas, tendo plena capacidade para assumir os cargos mais elevados como de chefia e direção. É essencial a proteção à maternidade, equilibrando com as suas condições físicas, biológicas, psicológicas, igualdade de salários, respeitando como um ser humano capaz.

Todavia, apesar dos inúmeros pontos positivos, deve se atentar para a necessidade de proteção à saúde física e psicológica da mulher, a qual está muito sobrecarregada, devendo conscientizar que os homens também podem e devem participar nas tarefas do lar e com a prole.

Outrossim, ainda há a dúvida como as leis serão efetivadas e fiscalizadas, além de ainda serem criticadas por visões de cunho machista, alegando que tais normas seriam discriminatórias, porque ofenderiam o princípio da igualdade e, além disso, trariam dificuldades à própria inserção da mulher no mercado de trabalho, em alguns países os homens também possuem licença maternidade para dividirem a responsabilidade com suas esposas.

Diante do exposto, prevalece o entendimento de que essas regras de proteção ao trabalho da mulher representam a aplicação do princípio constitucional da igualdade, já que procuram “equilibrar a balança” com o “tratamento desigual, aos desiguais”, pois não restam dúvidas de que as mulheres são tão capazes e inteligentes quanto os homens, mas carecem de implementação social, com conscientização e ruptura cultural paradigmática, uma vez que mais do que a feitura de leis, a sua eficácia somente é possível com a aceitação cultural e educacional pela sociedade. Há, portanto, muito ainda a ser realizado para uma eficácia plena.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2008.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Org.). *Trabalho da mulher – Homenagem a Alice Monteiro de Barros*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania e classe social*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2023.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36ª edição. São Paulo: LTr, 2011.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2008.

A SEXUALIZAÇÃO DA MULHER NEGRA E O ESTUPRO: UM ESTUDO SOBRE O ESTUPRO DESDE A ÉPOCA DA ESCRAVIDÃO

Rafaela Aparecida Batista do Carmo¹
Geová Nepomuceno Mota²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo apresentar o crime de estupro em mulheres negras, como resultado do período colonial, que embora seja uma época passada, trouxe até o atual momento sequelas e desafios para a vida das mulheres de pele negra. O artigo descreve que o crime de estupro é um ato antigo, e o racismo estrutural é dominante colaborando para que o fato seja praticado majoritariamente com mulheres negras e periféricas. Nesta senda, com estudos nas doutrinas pertinentes, este trabalho visa debater através de dados e pesquisas, a relevância e importância que este assunto tem dentro da sociedade e o que fazer para a diminuição deste ato criminoso para com as mulheres negras.

Palavras-chave: estupro racial; mulheres negras; hipersexualizadas; racismo; sexicismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta estudar e compreender a relação da vida colonial com os acontecimentos atuais, em relação aos crimes de estupro, que majoritariamente são acometidos contra mulheres negras e periféricas.

Neste sentido, a objetificação do corpo da mulher negra a torna mais vulnerável para a consumação do crime de estupro? Essa é uma pergunta a ser trabalhada nesta pesquisa.

Desta feita, tem-se como resposta preliminar, que o contexto histórico da qual estamos inseridos nos mostra que o crime de estupro não é algo novo ou atual, mas sim, sofreu uma adequação para a sociedade moderna. O que se tem, é que no passado, a classe dominante, mantinham relações sexuais com as escravas. Comumente eles optavam por escravas mais novas e sem filhos, e maioria das vezes não tinham o consentimento do ato. Atualmente, os estupros acontecem na maioria das vezes, com mulheres negras e que residem em locais periféricos, e ou mesmo em alguns locais de trabalho.

Como objetivo geral, este trabalho visa entender a relação do crime de estupro e a

¹Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Email: rafaelacarmob08@gmail.com

²Doutor em Educação pela PUC Minas. Professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas.

questão racial interligada ao ato. Paralelo ao objetivo geral tem-se por objetivo específico estudar os fatos acontecidos na era da escravidão, e entender o quão o racismo estrutural³ colabora com os acontecimentos de exploração de punho sexual com mulheres de cor na atual conjuntura. Analisar o que o pensamento da inferioridade de outras pessoas em relação a pessoas negras no passado e na atualidade, interfere em questão dos fatos que acontecem frequentemente no dia a dia de pessoas de comunidades e de classe social baixa/média. Esclarecer que independente de lugares, vestimentas e condições, as mulheres que hoje são estupradas no Brasil, não têm culpa no episódio.

Tema atual, contemporâneo e delicado, a presente pesquisa existe com a finalidade e importância de entender a seriedade da hipersexualização de mulheres negras no cotidiano, que conseqüentemente se torna um tipo de violência. Isso porque no Brasil, mulheres negras são tidas como sensuais, e sedutoras desde o período colonial. Observa-se que a violência sofrida por mulheres de cor negra, advém desde os colonizadores, que tinham para si, o direito de estuprar e engravidar suas escravas, tendo elas o não direito de cobrar a paternidade de seus filhos, perante seus “senhores”. Para Angela Davis, uma vez que as mulheres negras eram vistas como “fáceis” e prostitutas, as suas queixas de abuso sexual não careciam de legitimidade. A verdade é que, “o racismo sempre serviu como um estímulo ao estupro” (DAVIS, 2016, p. 181).

Como metodologia procedimental, a pesquisa será realizada através de informações impressas, de livros, revistas e artigos. Sendo utilizada a pesquisa bibliográfica e a documental. O método a ser utilizado, será o método: hipotético-dedutivo.

A presente pesquisa irá conter três seções: o da historicidade da negritude e o fato de ter nascido uma mulher negra; estupros advindos da raça; e a importância de acabar com a vulgarização e sexualização da mulher negra.

No referido artigo, serão utilizadas doutrinas de autoras negras, cujo tema se referem ao trabalho escolhido, tais como, Angela Davis, Djamila Ribeiro, Bell Hooks, dentre outros. Ver-se-á teorias, onde, aproxima-se do motivo pelas quais estupros acontecidos no Brasil têm como maioria as mulheres de cor negra, e qual a responsabilidade do Estado para com estas pessoas.

³ Racismo estrutural: O racismo estrutural é um conceito que se refere à forma como o racismo está incorporado nas estruturas sociais, políticas e encorajadoras de uma sociedade. Ele se refere às formas sistemáticas e institucionais de descrever raciais que são profundamente enraizadas nas instituições, práticas e normas de uma sociedade, e que muitas vezes operam de forma invisível ou não intencional.

2 A HIPERSEXUALIZAÇÃO DA MULHER NEGRA

Pode-se começar falando de um caso acontecido em 13 de julho de 2022 com a modelo Samen dos Santos, em um hotel em Araçatuba – SP. A modelo foi assediada por um hospede, o que tentou contato com ela por cinco vezes, uma delas sendo abordada por um profissional do hotel. Samen gravou um dos momentos e compartilhou em suas redes sociais, que logo repercutiu. Primeiro contato ele começou elogiando o corpo da modelo, o segundo e terceiro ato foi quando Samen estava almoçando, na quarta ele a perguntou “quanto era” e a última foi a qual a modelo conseguiu gravar. (OLIVEIRA, Mariana. 2022)

Samen ainda foi processada pelo hotel por calúnia e difamação, e teve que ouvir falas racistas e sexistas após o ocorrido. Aos seus seguidores a modelo disse: “Não basta apenas ser mulher. Quando é uma mulher negra, a situação toma outra proporção”. (OLIVEIRA, Mariana. 2022)

A advogada e coordenadora de políticas de promoção de igualdade de gênero e raça do Geledés, Maria Sylvia Oliveira afirma que existe um estereótipo da sexualização de corpos das mulheres negras. Em uma entrevista para a revista Glamour, Maria fala sobre a construção da ideia de que mulheres negras são mais “fogositas” ou estariam disponíveis para ter relações sexuais com qualquer homem.

Ainda que seja bastante falado, o termo Mulata é um termo racista, que advém dos tempos da escravidão, termo este utilizado para se referir aos filhos provindos dos estupros cometidos pelos donos das casas grandes em suas escravas. Atualmente, o termo é dado para mulheres negras de pele clara, magras, traços finos e corpos com curvas. Por isso, devemos conscientizar as pessoas para não usarem este termo.

Todas as mulheres, sejam elas de qualquer raça, são vítimas de crimes sexuais em todo o mundo. Porém, as mulheres negras têm um sério agravante que é a objetificação perplexa dos seus corpos hipersexualizados. Com o racismo estrutural em todo lugar, pessoas ainda acham que mulheres negras devem ser abusadas como no período escravocrata, cujo, elas não eram vistas como pessoas dignas de afeto e respeito.

Os reflexos do período colonial

É de conhecimento que o período da escravidão foi um período de torturas e acontecimentos trágicos que se mantêm vivos em memórias e atos recentes. Pessoas do

continente africano, sejam elas adultos ou crianças, eram trazidas por navios negreiros, que durante os séculos XVI e XIX, foram responsáveis pelo transporte de mais de 12 milhões de africanos para a América, com 26% desse total sendo crianças. (ROSSINI, Gabriel. 2019)

Os escravizados eram mantidos nos porões dos navios, com os homens sendo separados das mulheres. Enquanto o primeiro grupo era levado amarrado e trancafiado para não se revoltarem e gerar “ameaça”, as mulheres eram violentadas sexualmente por parte da tripulação e passavam por humilhações durante o percurso.

Estupro era um método comum de tortura usados pelos escravizadores para subjugar negras recalcitrantes. A ameaça de estupro e de outras violências físicas causava terror psíquico nas africanas que haviam sido deslocadas. Robert Shufeldt, um estudioso do comércio de pessoas escravizadas, registrou o predomínio de estupro em navios negreiros. Ele afirma: “naquela época, várias negras chegavam a nossos litorais já engravidadas por alguém da tripulação demoníaca que a trouxe pra cá. (HOOKS, 2019, p. 41)

Colonizadores brancos e suas esposas utilizavam os escravos homens que eram deportados nos litorais para trabalhos braçais, já as mulheres eram colocadas dentro das casas grandes para serviços domésticos, enquanto as crianças eram criadas para serem futuros escravos obedientes aos seus senhores. “O homem negro escravizado foi primordialmente explorado como trabalhador do campo; a mulher negra foi explorada como trabalhadora do campo, em atividades domésticas, como reprodutora e como objeto para o assédio sexual perpetrado pelo homem branco.” (HOOKS, 2019, p.47)

Pode-se notar que, nos dias atuais, a grande maioria das empregadas domésticas, garçons e seguranças são pessoas negras, não que isso seja uma coisa generalizada. Entende-se então que ainda, depois de tantos anos, o racismo estrutural interfere nas relações profissionais de pessoas negras. (ABRAMO, Laís. 2006)

A escravidão foi um período de atos desumanos e cruéis, mas percebe-se que, mesmo após 135 anos, a pobreza e a discriminação ainda afetam pessoas e populações majoritariamente ocupadas por pessoas de cor. Pessoas negras ainda lutam por direitos básicos e conquistas dentro da sociedade. (SILVA, René. 2013)

Nota-se que, ainda que existissem outras populações no Brasil colônia, a prioridade da elite branca para escravizar sempre eram os africanos e pessoas que tinham a pele negra. Importante ressaltar que os indígenas também sofreram e ainda sofrem esse preconceito, sendo chamados de “negros da terra”. Essa população era vendida pelos portugueses por um valor um terço mais barato que os escravos africanos.

E quanto à interseção da raça no período da escravidão?

O conceito de intersecção é o encontro de dois planos que se cruzam. A partir desse significado, entende-se por que muitas autoras negras acreditam na interseccionalidade na luta do feminismo negro. De fato, é perceptível que o racismo e sexismo andam juntos quando se trata dos percursos percorridos pelas mulheres negras. “Pessoas comuns fazem uso da interseccionalidade como ferramenta analítica quando percebem que precisam de estruturas melhores para lidar com os problemas sociais.” (COLLINS, 2021, p.18)

Questiona-se o modo que mulheres negras e periféricas são priorizadas para a prática de violências sexuais e físicas. Torna-se visível que o preconceito está enraizado juntamente com o ódio impulsionado à mulher. (GONZALES, Lélia. p. 223-244, 1987.)

A luta das mulheres negras se abarroa todos os dias com o patriarcado, o racismo e o capitalismo existentes nos fatos ocorridos na nova era. A interseccionalidade como ferramenta analítica desenvolve debates e possíveis soluções para impedir um aumento ainda maior nos números de mulheres prejudicadas e vítimas de atos de agressão e violências. Conforme diz AKOTIRENE:

não podermos mais ignorar o padrão global basilar e administrador de todas as opressões contra mulheres, construídas heterogeneamente nestes grupos, vítimas das colisões múltiplas do capacitismo, terrorismo religioso, cisheteropatriarcado e imperialismo. Tais mulheres depositam confiança na oferta analítica da interseccionalidade [...]. (2019, p.16)

A complexidade obtida entre estes assuntos supracitados muitas vezes objetiva-se a relevância da causa discutida. É plenamente notável como a desigualdade social inflige e colabora com os acontecimentos que obtém uma relação de poder elevada. “Nós sabemos que existe uma coisa que é uma opressão sexual-racial que nem é somente racial nem somente sexual, por exemplo, a história do estupro das mulheres negras por homens brancos como arma de repressão política.” (AKOTIRENE, 2019, p. 19)

A interseccionalidade é visualizada, quando mulheres ativistas do movimento negro são vistas defendendo e lutando por seus direitos, indagando o motivo pelo qual os seus são rejeitados e inferiorizados, e que suas escolhas são feitas sem relação com a dominação masculina. Com isto, em seu livro *Interseccionalidade*, Carla Akotirene dialoga:

costumam usar a interseccionalidade como correspondente às minorias políticas ou à diversidade, chegando mesmo a questionar a agência da mulher negra, como se encruzilhada fosse tão somente o lugar da decisão da vítima: levantar-se ou continuar caída? Sentir ou não as feridas da colonização? É da mulher negra o coração do conceito de interseccionalidade. (2019, p. 17).

Sojourner Truth, pioneira do feminismo negro, foi escravizada, teve 13 filhos e não pode criá-los conforme sua vontade e jeito, pois viu todos eles sendo vendidos para os escravizadores. Em um discurso feito por ela em 1851, Truth relata que a maternagem era somente para mulheres brancas, já que os seus, filhos de escrava e mulher africana, não tinham os mesmos direitos das crianças brancas. (AKOTIRENE, 2019, p. 17)

Quando a abolição do tráfico internacional de mão de obra escrava começou a ameaçar a expansão da jovem e crescente indústria do algodão, a classe proprietária de escravos foi forçada a contar com a reprodução natural como o método mais seguro para repor e ampliar a população de escravas e escravos domésticos. Por isso, a capacidade reprodutiva das escravas passou a ser valorizada. (DAVIS, 1981, p.25)

Contudo, apesar de alguns fatos acontecidos na época escravocrata serem de difícil absorção pela tamanha crueldade, consegue-se entender o preciso motivo da intersecção para o fenômeno ativista negro. Em sua obra *O Capital*, Karl Marx relata o seguinte fato:

Na Inglaterra, ocasionalmente ainda se utilizam, em vez de cavalos, mulheres para puxar etc. os barcos nos canais, porque o trabalho exigido para a produção de cavalos e máquinas é uma quantidade matematicamente dada, ao passo que o exigido para a manutenção das mulheres da população excedente está abaixo de qualquer cálculo. (MARX, 1867)

A caracterização do corpo e a solidão da mulher

A forma que mulheres negras são vistas na sociedade é horripilante, pois, para muitos homens, negras são visualizadas apenas para sexo e diversão. Quando olham para mulheres, as enxergam pelos seus tributos físicos, como circunferências de nádegas/cintura e lábios carnudos. Essa terrível representação se torna ainda mais prejudicial, pois colabora com o aumento da objetificação, corroborando para que a sociedade crie estereótipos racistas, retratando mulheres negras como pessoas menos dignas de respeito.

A mídia e a cultura majoritariamente retratam as mulheres negras hipersexualizando-as, indagando a ideia de que elas são objetos de desejo e sedução. Isto tem sido perpetuado por décadas e, infelizmente, ainda não mudou. É imprescindível que a mídia comece a tratar as mulheres negras pelo que elas são de fato: Pessoas que merecem conquistar seu próprio espaço, que contém suas histórias e narrem suas próprias narrativas, sem ter como fator preponderante os seus corpos.

Qual a efetividade desse modelo de representação quando não assume um compromisso mais profundo com questões que envolvem a raça (e o racismo)? Essa

representatividade tem valor político ou é apenas uma forma de suprir demandas mercadológicas de inclusão das minorias que hoje tencionam de forma acirrada as representações e o consumo de produtos midiáticos? Quais mudanças efetivas essas representações podem trazer para a vida das meninas que as consomem? (BARBOSA; SOUZA, 2018, p. 87).

A solidão que a mulher de cor enfrenta é perceptível quando sua maioria é abandonada grávida, trocadas por mulheres brancas ou nunca são levadas para jantares ou outros eventos públicos. Não se trata apenas de relações afetivas, mas também profissionais, quando não são contratadas por terem seus cabelos crespos, ainda que tenham a formação exigida para o cargo.

Este fato pode ser compreendido como uma herança do período escravocrata, visto que as escravas eram vetadas da possibilidade de constituir família ou ser uma senhora dona de fazenda e gado. Bell Hooks, em seu artigo “Vivendo de Amor” nos diz:

Nossos ancestrais testemunharam seus filhos sendo vendidos; seus amantes, companheiros, amigos apanhando sem razão. Pessoas que viveram em extrema pobreza e foram obrigadas a se separar de suas famílias e comunidades não poderiam ter saído desse contexto entendendo essa coisa que a gente chama de amor. Elas sabiam, por experiência própria, que na condição de escravas seria difícil experimentar ou manter uma relação de amor. (HOOKS, 2010)

É triste e doloroso ver que o racismo entranha a vida e objetifica ainda mais as mulheres negras. Como se precisasse, com todos os fatos acontecidos, algo a mais para excluir mulheres pretas da afetividade.

Ainda que estejamos falando somente das mulheres, é importante lembrar que homens negros também são vítimas dessa exclusão, mas, de toda forma, por serem homens, são mais fáceis de serem incluídos na sociedade.

A psicóloga Joyce Avelar em uma entrevista ao Correio Braziliense, reafirma:

É uma questão histórica, mas não individual. É sempre um passado que é coletivo. Estamos falando de um legado da escravidão e das formas de se relacionar desde o período colonial. Não de uma história única, mas de uma história coletiva. A afetividade é sempre negada para pessoas negras. (BRITO, Aline. 2022)

E não são fatos que acontecem somente após a maioridade, começam no primeiro segmento do ensino fundamental quando crianças negras não são cotadas para papéis de protagonismo, como as noivas da quadrilha, ou quando são representadas na mídia audiovisual apenas como periféricas, serviçais, coadjuvantes sem desenvolvimento de personagens e ganham visibilidade apenas em aspectos negativos ou estereotipados.

Estudos apontam o alto índice de preterimento da mulher negra frente a mulher branca pelos homens negros, no âmbito afetivo-sexual/conjugal, o que acarreta o sentimento de solidão e humilhação às mulheres negras. Porém, a solidão da mulher negra antecede sua vida adulta e extrapola suas relações amorosas. A Solidão da Mulher Negra, vem desde a infância – em uma família desestruturada pelo machismo validado por uma sociedade patriarcal e o racismo validado por um Estado genocida –, perpassa a fase escolar – com o isolamento para evitar humilhações racistas por parte de colegas e professores –, atinge a adolescência– na construção solitária de uma identidade “aceitável” – e alcança a vida adulta– nas relações amorosas, na vida profissional, nos serviços de atenção à saúde, na criação dos filhos que o Estado não matou não prendeu (GREGÓRIO, 2017, p.5).

Mulheres negras tomam para si a imagem de força e luta. Com os traumas passados de geração em geração, elas acreditam que afetividade e amor genuíno são balelas, a partir disso se acostumam com a solidão e a necessidade de suportar as adversidades da vida sem o auxílio de um companheiro/parceiro, diferente de suas semelhantes brancas.

Atualmente as mulheres negras estão resgatando o orgulho de sua ancestralidade, ensinando seus descendentes a se amarem como são, valorizando seus traços antes marginalizados e subjugados, por exemplo quando enaltecem a beleza de seus cabelos e ensinam seus filhos a lidar com uma estrutura capilar que antes era imposta socialmente que fosse escondida ou mudada.

Com tantos exemplos e inspirações, pessoas pretas estão aprendendo a se enxergarem como indivíduos dignos de amor genuíno, diariamente se empoderando para serem felizes, tendo finalmente mais referências midiáticas de seus semelhantes, como a apresentadora Maria Júlia Coutinho, a Maju⁴, do programa Jornalístico Fantástico; ou as norte-americanas quando o seu programa favorito é “The Oprah Winfrey Show” apresentado e dirigido por Oprah Winfrey; as crianças negras estão presenciando a era de Viola Davis⁵ e Michael B. Jordan assumindo papéis principais em filmes e séries, além de uma maior inserção de personagens negros como super heróis, nicho anteriormente composto apenas por brancos. Ainda que o racismo esteja mais presente que nunca, para diminuir raças e grupos, é importante ressaltar que a luta para inclusão é árdua e resistente.

⁴ Maju: Maria Júlia dos Santos Coutinho Moura, conhecida como Maju Coutinho, é uma jornalista, apresentadora, comentarista, radialista e repórter brasileira. Desde 21 de novembro de 2021, é apresentadora do Fantástico.

⁵ Viola Davis: Viola Davis é uma atriz e produtora norte-americana. Vencedora de um Óscar, um Emmy Award, dois Tony Awards e um Grammy, dessa forma alcançando todos os principais prêmios da indústria do entretenimento, se tornando a décima oitava personalidade do mundo e a terceira mulher negra a conquistar o título EGOT.

3 O RACISMO ENQUANTO COLABORADOR NA VIOLÊNCIA SEXUAL

O racismo é uma das muitas formas de opressão que existem em nossa sociedade. Infelizmente, o racismo pode desempenhar um papel significativo na violência sexual, tanto direta quanto indiretamente. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que:

EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 154248, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

Uma das maneiras pelas quais o racismo pode contribuir para a violência sexual é através da objetificação e desumanização das pessoas racializadas. Quando uma pessoa é vista como "diferente" ou "inferior" devido à sua raça, ela pode ser vista como menos humana e, portanto, menos merecedora de respeito e consideração. Isso pode levar a comportamentos agressivos e violentos, incluindo a violência sexual.

A Lei nº7.716/89 esclarece e prevê o crime racial, veja:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
 Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.
 Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Além disso, o racismo pode aumentar a vulnerabilidade das pessoas a serem vítimas de violência sexual. Por exemplo, pessoas negras podem ter menos acesso a recursos de segurança, educação sexual e apoio emocional para lidar com a violência sexual. Também podem enfrentar discriminação e estereótipos que as tornam mais vulneráveis a esse tipo de violência (IBGE,2018).

O racismo e a violência sexual têm uma relação intrínseca. O racismo é uma forma de violência que cria um ambiente propício para que a violência sexual ocorra. A violência sexual, por sua vez, é uma forma de violência que reforça as desigualdades raciais existentes. (DAVIS, 2016, p. 181)

A inferiorização das mulheres negras

Por mais que o período escravocrata tenha sido encerrado há 135 anos, a desvalorização de mulheres negras é bem presente nos dias atuais. Triste ver que, para muitos, as mulheres negras ainda são vistas como serviçais e intelectualmente inaptas para atuar em áreas nobres e profissões que predominantemente são preenchidas por pessoas brancas e majoritariamente homens.

Relevante citar, o filme “Estrelas Além do Tempo”, onde três matemáticas no auge da corrida espacial travada entre Estados Unidos e Rússia durante a Guerra Fria, que compõem uma equipe de cientistas da NASA, formada exclusivamente por mulheres afro-americanas, provou ser o elemento crucial na equação para a vitória dos Estados Unidos, liderando uma das maiores operações tecnológicas registradas na história americana e se tornando verdadeiras heroínas da nação. Elas que sofreram com o racismo e a intolerância, mostraram que mulheres negras também são intelectualmente capazes de atuar em qualquer área.

O racismo institucional prejudica e coloca em embate o feminismo negro, que foi criado nas décadas de 80 por ativistas negras que enfrentaram a segregação racial nos Estados Unidos. A institucionalização racial refere-se às formas sistemáticas de discriminação racial que ocorrem nas instituições, tais como escolas, empresas, governo e sistemas de justiça criminal. Essas formas de discriminação podem ser conscientes ou inconscientes, e muitas vezes são sustentadas por políticas, práticas e culturas institucionais que favorecem um determinado grupo.

Diante da atualidade, é notável que mulheres negras são vistas sempre como suspeitas ou pessoas em posição inferior. No filme “Cores da Justiça”, presente na Netflix (plataforma de streamings), o início mostra uma policial feminina, fazendo sua corrida matinal, quando é abordada e revistada por dois policiais, homens brancos, que suspeitaram dela por estar em um bairro nobre. Com este exemplo, percebemos que mesmo tendo uma profissão “bem-vista”, mulheres negras sofrem com o racismo institucional, seja ela quem for diante da sociedade.

A Lei de nº7.716, nos seus artigos 3º e 4º prevê punição ao racismo institucionalizado:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§ 2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.

A inferiorização da mulher negra é uma forma específica de discriminação que envolve a desvalorização das mulheres negras em relação a outros grupos de mulheres e homens, e é resultado da intersecção de opressões raciais e de gênero.

A mulher negra é colocada numa posição de subalternidade, vista como objeto a ser dominado e subjugado. Ela é vítima de violência tanto por ser mulher quanto por ser negra, e isso é fruto de uma estrutura social e histórica que a desumaniza e inferioriza. (HOOKS, 2019, p. 99)

A inferiorização da mulher negra é uma forma de discriminação complexa e interligada, que envolve tanto a questão de raça quanto a questão de gênero. É importante reconhecer e combater essa forma específica de discriminação, tanto através da conscientização e do diálogo, como através de políticas e ações que busquem a igualdade de oportunidades e o respeito pelos direitos humanos das mulheres negras.

Estupro enquanto crime de gênero racial

O estupro é uma forma de violência sexual que afeta principalmente mulheres e meninas, e quando se considera a questão racial, pode-se perceber que há uma dimensão racial nessa violência. As mulheres negras, em particular, estão mais suscetíveis a serem vítimas de estupro do que as mulheres brancas, e isso se deve a uma série de fatores, incluindo o racismo, o sexismo e a interseccionalidade dessas opressões.

O estupro enquanto crime de gênero racial implica em uma violência que é motivada pela intersecção da opressão de gênero e da opressão racial. As mulheres negras são frequentemente vítimas de estupro, e isso ocorre em um contexto de discriminação racial e de desigualdade socioeconômica. Infelizmente, muitos casos de estupro de mulheres negras não são denunciados, o que pode subestimar os números reais.

De acordo com dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Brasil registrou 66.123 casos de estupro em 2018, sendo que a maioria das vítimas eram mulheres (90,5%). Entre as mulheres, as negras foram as mais afetadas: elas representaram 66% das vítimas de estupro registradas no país. Esses números refletem uma tendência histórica: desde os tempos da escravidão, as mulheres negras foram objeto de desejos sexuais de homens brancos, e essa violência continuou depois da abolição da escravatura. Já no ano de 2019, mulheres negras foram vítimas de estupro em uma taxa de 4,2 casos por mil mulheres, enquanto mulheres não negras apresentaram uma taxa de 3,3 casos por mil mulheres. Isso significa que mulheres negras têm 27,3% mais chances de serem estupradas do que mulheres não negras. (<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5780>)

Muitas vezes, as mulheres negras não têm acesso aos mesmos recursos de apoio que as mulheres brancas, tais como serviços de saúde mental e jurídicos, e podem enfrentar obstáculos adicionais ao denunciar o crime às autoridades.

O estupro também é usado como uma arma de guerra contra as mulheres negras em conflitos armados e em situações de genocídio, como ocorreu durante o apartheid⁶ na África do Sul e o genocídio em Ruanda. Essa forma de violência sexual tem como objetivo subjugar e humilhar as mulheres negras, e é uma forma de opressão que se baseia tanto na opressão de gênero quanto na opressão racial.

Em suma, o estupro enquanto crime de gênero racial é uma forma específica de violência que afeta de forma desproporcional às mulheres negras, e deve ser abordado através de políticas e ações que levem em conta a intersecção das opressões de gênero e raça, e busquem combater tanto o racismo quanto o sexicismo na sociedade.

Em 2017, as mulheres negras sofreram 73% dos casos de violência sexual no Brasil. De 2009 a 2017, o número de mulheres negras que foram vítimas de estupro, aumentou quase dez vezes. (<https://cesecseguranca.com.br/reportagens/a-cor-da-violencia-mulheres-negras-sofreram-73-dos-casos-de-violencia-sexual-no-brasil-em-2017-diz-estudo/>)

⁶Apartheid: segregação das populações negra e branca, veiculada pela política oficial de minoria branca da República da África do Sul, durante a maior parte do século XX.

A culpabilização das vítimas periféricas

Infelizmente, em muitos casos, a sociedade tende a culpar as vítimas de estupro periféricas por diferentes motivos, o que pode levar à revitimização e ao silenciamento dessas mulheres. Abaixo, estão algumas das razões pelas quais a sociedade culpabiliza as vítimas de violações periféricas:

Cultura do estupro: A cultura do estupro é uma forma de violência cultural que normaliza a violência sexual e a culpabilização da vítima. Muitas vezes, a sociedade culpa as vítimas de estupros periféricos por terem se vestido de maneira "provocativa" ou por terem "convidado" o agressor a cometer o estupro. Essa visão absolve os agressores da responsabilidade por seus atos violentos e coloca a culpa na vítima.

Racismo: O racismo é uma das principais razões pelas quais a sociedade tende a culpar as vítimas de violação periféricas. As mulheres negras e periféricas são frequentemente retratadas como promíscuas, hipersexualizadas e menos valorizadas do que mulheres brancas de classe média, o que pode levar à culpabilização das vítimas.

Machismo: O machismo também desempenha um papel importante na culpabilização das vítimas de violações periféricas. Muitas vezes, a sociedade espera que as mulheres periféricas sejam submissas e "fáceis", o que pode levar à crença de que elas consentiram com o estupro ou que de alguma forma "mereceram" o que aconteceu com elas.

Pobreza e exclusão social: As mulheres periféricas, muitas vezes, enfrentam problemas de pobreza e exclusão social que podem dificultar o acesso a serviços de apoio, como aconselhamento e atendimento médico, o que pode levar à culpa e ao silenciamento da vítima.

Em Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, existe um escritório de advocacia, chamado "A Casa das Pretas", criado por três mulheres negras com formações diversas em comum, com o intuito, não só de resolver demandas jurídicas, mas também ser um lugar de acolhimento e afeto para pessoas negras, indígenas e de baixa renda. Elas buscam ser um apoio na complexidade dos desígnios humanos, com o foco em mulheres pretas.

A sociedade culpabiliza as vítimas periféricas diante da interação destes fatores citados acima. É de imensa importância combater esses fatores e promover a conscientização sobre a proeminência de não culpar as vítimas. Essa culpabilização tende a trazer ainda mais problemas e riscos à saúde mental da mulher.

Entende-se que esse modo de culpa traz menos responsabilidades para a sociedade, podemos dizer, que enquanto eles conseguirem culpar alguém, nunca precisará realmente

resolver e impedir tal ato. A questão é que eles colocam a culpa nas roupas, nos horários e nas formas de agir, mas esquecem que uma criança de 1 ano de idade ainda não vive por si. Qual seria a culpa dela?

O estupro, ato libidinoso forçado, está presente na nossa história e não há justificativas para o acontecimento de tal ato. Exceto que, o patriarcado ainda esteja entranhado na sociedade e com isso, ainda que seja um crime de cunho penal, é defendido por diversos seres, por achar em que ainda tenham direito aos corpos de meninas e mulheres.

O Código Penal Brasileiro, é claro em relação ao crime de estupro, veja:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
§ 2º Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

4 A ABOLIÇÃO CRÍTICA DAS MULHERES NEGRAS ESCRAVIZADAS

A abolição crítica das mulheres negras escravizadas foi um processo histórico importante que marcou o fim da escravidão no Brasil. Esse processo foi marcado por lutas e resistências das mulheres escravizadas e de outros grupos que se opunham à escravidão.

É importante reconhecer que a abolição da escravidão não significou o fim das desigualdades sociais e raciais no país. As mulheres negras continuaram a enfrentar formas de opressão mesmo após a abolição da escravidão.

Hoje em dia, é importante reconhecer as contribuições das mulheres negras, e lutar contra todas as formas de opressão que ainda existem em nossa sociedade. Devemos trabalhar para garantir a igualdade de direitos e oportunidades para todas as pessoas, independentemente de sua raça, gênero ou qualquer outra característica.

A Constituição Federal da República Brasileira, em seu art. 5º caput diz: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

A abolição crítica das mulheres escravizadas foi um processo complexo e multifacetado, que envolveu diferentes atos sociais e movimentos. As mulheres escravizadas cumpriram um papel fundamental na luta contra a escravidão, mesmo quando muitas vezes foram excluídas

das decisões políticas e dos espaços de poder. Além disso, é importante destacar que a abolição da escravidão no Brasil foi um processo tardio e marcado por diversas contradições.

A tomada de consciência crítica da mulher negra

A tomada de consciência crítica das mulheres negras é um processo de reflexão e análise que envolve a compreensão das desigualdades e opressões que as mulheres negras sofreram e a construção de estratégias para enfrentar essas questões. Esse processo é fundamental para a luta pela igualdade de direitos e pela transformação social.

A tomada de consciência crítica das mulheres negras tem sido impulsionada por diversos movimentos e organizações de mulheres negras ao longo da história. Esses movimentos têm buscado ampliar o debate sobre questões relacionadas ao racismo, ao sexismo, à discriminação. Um dos movimentos importantes para citar, é o Movimento Negro Unificado (MNU): Fundado em 1978, o MNU é um movimento social que luta contra o racismo e a evidência racial. O movimento tem sido uma referência na luta das mulheres negras por igualdade de direitos e na denúncia do racismo estrutural da sociedade brasileira.

Outra organização relevante, é a Articulação de Mulheres Negras Brasileiras (AMNB), criada em setembro de 2000, é constituída atualmente por 45 organizações distribuídas por todas as Regiões do Brasil. A AMNB tem como missão institucional promover a ação política articulada de grupos e organizações não governamentais de mulheres negras brasileiras, realizando o enfrentamento ao racismo, ao sexismo, à opressão de classe, à lesbofobia⁷ e à todas as formas de discriminação, a fim de contribuir para a transformação das relações de poder existentes no Brasil.

Essas organizações e outras existentes, ainda que não governamentais, são de grandes transcendências na colaboração na consciência crítica de pessoas negras. Ofertando apoio e acolhimento, com o objetivo de amparar e contribuir com as conquistas e realizações de mulheres negras na luta contra essa opressão.

⁷ Lesbofobia é a intersecção entre a homofobia e o sexismo contra mulheres lésbicas. Inclui várias formas de negatividade em relação às mulheres lésbicas como indivíduos ou grupo social, ou os relacionamentos lésbicos.

A conquista de espaço do empoderamento legal

A conquista do espaço de empoderamento das mulheres negras é um movimento importante que tem ganhado destaque nas últimas décadas. As mulheres negras enfrentam múltiplas formas de opressão, incluindo o racismo e o sexicismo, o que as coloca em desvantagens em relação a outros grupos. No entanto, elas se organizaram para desafiar essas barreiras e lutar por seus direitos e pelo reconhecimento de sua contribuição para a sociedade.

O termo empoderamento muitas vezes é mal interpretado. Por vezes ele é entendido como algo individual ou a tomada de poder para se perpetuar as opressões. Para o feminismo negro, empoderamento possui um significado coletivo, trata-se de empoderar a si e aos outros e colocar as mulheres negras como sujeitos ativos de mudança. Como diz Bell Hooks (nascida Gloria Watkins e adotou o nome de sua avó e pede que o usem assim em minúsculo), empoderamento diz respeito a mudanças sociais numa perspectiva antirracista, antielitista e sexista através das mudanças das instituições sociais e consciência individuais. Para Bell é necessário criar estratégias de empoderamento no cotidiano, em nossas experiências habituais no sentido de reivindicar nosso direito a humanidade. (RIBEIRO, 2016)

Uma das principais formas de empoderamento das mulheres negras tem sido através do acesso à educação. Com a ampliação do acesso à educação e à diversidade de áreas de estudo, as mulheres negras têm conquistado espaço em diferentes setores, desde a academia até a indústria, passando pela política e pelo empreendedorismo.

Importante citar, sobre a lei de cotas, que foi uma das conquistas do movimento negro, e colaboração para o acesso à educação, a lei nº 12.711/12, que garante 50% de vagas de universidades e instituições públicas federais, pretos, pardos e indígenas, pessoas com deficiência e estudantes de escolas públicas. Observa o que diz o art. 3º da lei supracitada:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE .

Ressalta-se ainda, a lei nº 12.990/14 que é também uma lei de cotas, que prevê uma porcentagem para pessoas negras nos concursos públicos, fazendo assim, que diminua o racismo institucional nas esferas públicas federais e sociedades mistas controladas pela União, veja:

1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das

empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Outro aspecto importante é o fortalecimento da representatividade das mulheres negras na mídia e na cultura popular. Através de campanhas e iniciativas, elas têm trabalhado para desafiar os estereótipos e promover imagens positivas e diversas da mulher negra.

A boa notícia é que nenhum movimento social se renova tanto quanto o movimento negro. E a segunda boa notícia: nunca tivemos um ativismo tão vibrante e tão capaz de vocalização como neste momento, sobretudo das mulheres negras. Esse conjunto diverso de gente negra em movimento é algo novo que me faz ter esperança na resistência. (CARNEIRO, 2017, p. 17)

Além disso, as mulheres negras têm lutado por políticas públicas que abordam as desigualdades raciais e de gênero, incluindo o acesso à saúde, à moradia e ao emprego, e a proteção contra a violência doméstica e o racismo institucional.

A própria participação de mulheres negras em Conferências Internacionais da ONU e a criação e consolidação de Secretarias E Coordenadorias para Assuntos da Comunidade Negra, em diferentes cidades e estados do país, a criação de uma Secretaria Especial para Promoção da Igualdade Racial junto ao governo federal e, mais recentemente, a criação de Coordenadorias de Gênero e Raça em alguns municípios brasileiros revelam quanto o discurso das mulheres negras tem conseguido, apesar de suas fragilidades internas e do racismo ainda persistente na sociedade brasileira, estabelecer espaços de interlocução capazes de promover algum nível de mudança no cotidiano das mulheres negras. (Rodrigues, C. S. & Prado, M. A. M. 2010.)

No entanto, ainda há muito a ser feito para garantir a plena igualdade e empoderamento das mulheres negras. É necessário o comprometimento de todos para a criação de um ambiente justo e inclusivo, que valorize a diversidade e respeite os direitos de todas as pessoas, independentemente de sua raça, gênero ou outra característica.

A estrutura da jurisprudência em favor da mulher negra

No Brasil, a estrutura jurídica para combater os estupros cometidos contra pessoas negras é a mesma que se aplica a todos os casos de violência sexual. No entanto, é importante ressaltar que a percepção racial pode afetar a forma como as vítimas são tratadas pelo sistema de justiça criminal, o que pode levar a uma subnotificação e impunidade desses crimes.

A legislação brasileira no que concerne ao crime de estupro, foi se adequando ao contexto social e deixou de sofrer influência moral e passou a se fundar no que é de fato penalmente relevante. Nas palavras de Villas Boas:

A influência da moral no direito penal é tão perceptível, que até o recente ano de 2005 o estupro teria a sua punibilidade extinta, caso viesse a casar com a vítima. O conteúdo moral constante da antiga norma de estupro preconizava que o bem jurídico merecedor da tutela penal não seria a liberdade ou dignidade sexual da vítima, mas a sua honestidade. A mulher estuprada (por consequência) não seria mais virgem e, desta forma, a sua reputação social estaria abalada. Lado outro, a reputação da mulher estaria restaurada quando esta se casasse com o seu agressor. O estupro, por sua vez, estaria reparando o mal praticado. A simples previsão desta norma admitia a conclusão de que uma esposa jamais poderia ser vítima de estupro quando o ato fosse praticado pelo próprio marido. Felizmente o legislador alterou a previsão legislativa e hoje o que se protege são a liberdade e a dignidade sexual. O estupro não é mais um crime contra os costumes e sim, um crime contra a dignidade sexual.

No Código Penal Brasileiro, o estupro é tipificado como um crime contra a atração sexual e pode ser punido com pena de reclusão de 6 a 10 anos. Se o estupro resultar em lesão corporal grave ou morte da vítima, a pena pode ser aumentada. Além disso, o estupro de vulnerável, que é cometido contra pessoa menor de 14 anos ou incapaz de consentir com o ato sexual, é considerado crime hediondo e tem pena mais severa.

Em 2018, foi sancionada a Lei nº 13.718, que tipifica como crime a importunação sexual e aumenta a pena para casos de divulgação de cenas de estupro. A importunação sexual é definida como a prática de ato libidinoso sem o consentimento da vítima, como o toque sem consentimento ou o ato de se masturbar em público. A pena para esse crime é de 1 a 5 anos de prisão.

Além das penas criminais, as vítimas de violação têm direito a atendimento médico e psicológico gratuito pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e podem buscar a reparação civil pelos danos sofridos. A lei também garante que as vítimas de estupro tenham direito à privacidade e ao sigilo do processo, para evitar a revitimização e a exposição proibida.

No entanto, a estrutura jurídica por si só não é suficiente para combater a violência sexual contra pessoas negras. É necessário um esforço conjunto da sociedade, do sistema de justiça criminal e das autoridades públicas para enfrentar o racismo e a evidência racial que pode afetar a forma como esses crimes são investigados e punidos.

5 CONCLUSÃO

Em suma, com todas as observações feitas no texto, podemos observar a drástica falha, que o Estado vem cometendo em relação as mulheres negras. Como já dito anteriormente, os estupros acontecidos, são em maiores números com mulheres negras e periféricas.

O Código Penal Brasileiro tem uma defasagem enorme em seus tipos penais, ainda que tenha tido alterações ao longo dos anos, houve aumento de qualificações de alguns crimes, porém, deixa a desejar diante da nossa sobrevida enquanto mulheres negras.

Importante questionar, se os dados já mostram números tão altos, o que mais precisa para que o judiciário tome uma posição quanto a isso? O que poderia ser feito, para aumentar a punição de quem comete crimes sexuais? Triste ver, que depois de tantos anos, sendo exploradas e abusadas sexualmente, não exista uma forma real de proteger nossas mulheres.

A luta do feminismo negro, é para a inclusão de nós, mulheres pretas, em todos os círculos da vida, para que também possamos ter acesso a justiça com equidade, que nas atividades laborais, possamos também sermos as CEO's e mostrarmos ao mundo, que não existimos apenas para sermos sexualizadas, que também temos dignidade e merecemos respeito.

Finalizo de forma esperançosa, que em algum momento, nossa sociedade cresça de forma humanitária, e juntamente com ela, o Estado e suas leis. Que venham legislações pertinentes quanto ao estupro racial.

6 REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís. Desigualdades De Gênero E Raça No Mercado De Trabalho Brasileiro. 2006 (<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v58n4/a20v58n4.pdf>).

AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. São Paulo: Pólen, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRITO, Aline. Solidão da mulher negra: especialistas explicam significado do termo. Correio Braziliense, 2022. <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/02/4981960-solidao-da-mulher-negra-especialistas-explicam-significado-e-origem-do-termo.html>

CARNEIRO, Sueli. filósofa, educadora, militante feminista e antirracista. Revista Cult, Ed. Bregantini, (revista não acadêmica). 2017.

COLLINS, Patrícia. Interseccionalidade. São Paulo: Boitempo, 2021.

DAVIS, Angela Yvone Mulheres, raça e classe. [s.l.] São Paulo: Boitempo, 2016.

“Estrelas Além do Tempo”: história real é ainda mais otimista. estrelas-alem-do-tempo>. Gigliotti, Peter Chernin, Jenno Topping, Pharrell Williams e Theodore Melfi. Los Angeles: 20th Century Fox, 2016 DVD.

FERNANDES, Eliane Gamas. A cor do amor: o racismo nas vivências amorosas de mulheres negras. 2018. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Núcleo da Saúde, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. Revista Ciências Sociais Hoje, São Paulo, p. 223-244, 1987.)

GREGÓRIO, Júlia Fernandes Flauzino. “A solidão da mulher negra encarcerada”. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO. III, Recife. Anais.... Recife. 2017.p. 1-15.

HOOKS, Bell. E eu não sou uma mulher? [s.l.] Editora Record, 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro. 2018.

IPEA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Atlas da violência 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf

LEI Nº 12.711, DE 29 DE AGOSTO DE 2012.

LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989.

MARX, Karl. O CAPITAL. [S. l.: s. n.], 1867.

(Oliveira, Mariana. Caso Samen: sexualização de mulheres negras é faceta do racismo. Nós, 2022. <https://nosmulheresdaperiferia.com.br/caso-de-samen-sexualizacao-de-mulheres-negras-e-faceta-do-racismo/>)

RIBEIRO, Djamilá Djamilá Ribeiro: Relações interraciais e a solidão da mulher negra. Publicado em 21 de jun de 2016. 5 min, som, color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2ZNx1LV6c4A>> Acesso em: 16 mai. 23.

Rodrigues, C. S. & Prado, M. A. M. (2010). Movimento de mulheres negras: trajetória política, práticas mobilizatórias e articulações com o Estado brasileiro. Psicologia & Sociedade, 22(3), 445-456.

(ROSSINI, Gabriel. A Importância da Criança Escravizada e seu Comércio no Oeste Paulista, 1861-1869. Estudos Econômicos, São Paulo, 49(4), outubro, 2019. <https://www.scielo.br/j/ee/a/v8HqjNZJ7ZsrKnYbFvty3Tt/abstract/?lang=pt#>)

(SILVA, René. História dos trabalhadores negros no Brasil e desigualdade racial. Setembro, 2013)

OS EFEITOS DO SISTEMA PUNITIVISTA: UM ESTUDO SOBRE O DESRESPEITO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Raíssa Paula Fernandes¹
Francisco José Vilas Boas Neto²

RESUMO

O que é punitivismo? Pode-se afirmar que ele se refere ao uso excessivo de punições e sanções criminais como resposta aos crimes; muitas vezes são ignorados os princípios como o da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade das penas. Isso pode levar a injustiças, superlotação carcerária e violações dos direitos humanos, como evidenciado pela situação do sistema prisional brasileiro. A eficácia das sanções na redução da criminalidade é questionável, pois outros fatores, como oportunidades econômicas e sociais, também desempenham um papel importante. É fundamental buscar um equilíbrio entre a punição justa e a reabilitação, respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos. O objetivo deste estudo e discussão é abordar os efeitos reais do sistema punitivista e evidenciar as falhas do sistema penal brasileiro.

Palavras-chave: sanção; sistema penitenciário; direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A história das penas no Direito Penal é longa e complexa, evoluindo ao longo do tempo e refletindo as mudanças nas sociedades e nas concepções de justiça. Seu histórico, conforme Vilas Boas (2022, p. 19) é baseado em violência, desde formas brutais de punição, como tortura e pena de morte, até a modernização das práticas penais.

Entretanto, ainda que se tenha alcançado certos avanços no sistema penal, a punição brutal e injusta permanece presente.

A penalização de indivíduos por atos criminosos é uma prática intrínseca à organização social, sendo historicamente fundamentada em diferentes abordagens e filosofias. Se faz necessário o entendimento das origens históricas do sistema punitivo, as diversas teorias que norteiam a aplicação da pena, e as consequências dessas políticas em um sistema carcerário marcado pela superlotação e condições precárias.

¹ Graduanda em Direito pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas.

² Doutor em Direito Penal pela PUC Minas. Pós-doutorando pela FAJE. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade Federal de Ouro Preto.

As diferentes teorias que fundamentam a punição, como a retribuição, a prevenção e a reabilitação, influenciam diretamente a maneira como as sociedades lidam com o crime e seus infratores. Além disso, a discussão sobre a eficácia das sanções na redução da criminalidade é essencial para avaliar a justiça do sistema penal.

Diante disto, é crucial refletir sobre como a sociedade e o Estado podem encontrar um equilíbrio entre a punição justa e a proteção dos direitos humanos, a fim de construir um sistema de justiça mais eficiente e igualitário para todos os cidadãos.

Neste texto, objetiva-se abordar os efeitos causados pela forma como são aplicadas as sanções e o desrespeito à dignidade da pessoa humana, analisando, ainda, os efeitos problemáticos desenvolvidos na sociedade.

Foi utilizado o método de pesquisa descritiva e de exploração bibliográfica. Por meio da pesquisa, buscou-se informações a respeito do atual cenário brasileiro em relação ao tratamento do delinquente nas penitenciárias, relacionando, ainda, a evolução histórica das formas de punição até o presente momento.

2 O QUE É O PUNITIVISMO?

Como explica Vilas Boas (2022, p. 51), a pena é uma consequência jurídica ao crime, imposta pelo Estado. A pena é um ato de violência e o Direito Penal, segundo Brandão (2019, p. 31), é o mecanismo utilizado para a limitação dessa violência. Ao decorrer dos tempos, temos como forma de punição a tortura, fogueira, martírio, morte e prisão.

Mas se a pena é uma resposta jurídica ao crime, o que é crime?

Pela definição extraída do Código Penal, crime é o fato típico, ilícito e culpável.

E o que seria, então, o Direito Penal?

Direito Penal, para Vilas Boas (2022, p. 23), é o mecanismo utilizado para a limitação da violência imposta pela pena. O “*potestas puniendi*” significa que o Estado tem o poder de punir; punição esta, que deve ser aplicada nos limites da legislação penal brasileira, buscando-se, numa visão garantista, o mecanismo menos prejudicial à pessoa do apenado.

Nesse contexto surge o Princípio da Legalidade.

Quanto ao Princípio da Legalidade, Greco explica:

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen*

nulla poena sine lege stricta); proibir incriminações vagas ou indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). (GRECO, 2010, 96)

A legalidade é escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), ou seja: ninguém pode ser punido por um ato que não seja previamente definido como crime por uma lei escrita. Isso significa que não se pode criar punições retroativas ou aplicar deliberações com base em normas não escritas.

A legalidade é estrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), ou seja: a interpretação das leis penais é restritiva; isto significa que, se uma conduta não se encaixar exatamente nos termos da lei penal, não pode ser considerada criminosa. Em outras palavras, a interpretação deve ser feita de forma estrita e em favor do réu.

A legalidade presa pela anterioridade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), ou seja: uma pessoa só pode ser punida por uma conduta, se essa conduta já foi considerada criminosa por uma lei anterior à sua prática. Isso impede que o legislador crie leis penais retroativas para punir condutas passadas.

A legalidade deve ser taxatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), ou seja: exige-se que as leis penais sejam claras e específicas, de modo que as pessoas possam entender facilmente o que é proibido. As leis penais não devem ser vagas ou ambíguas, pois isso poderia levar a interpretações arbitrárias e injustas.

Mas afinal, de onde surgiu a necessidade de punir?

Para responder, é necessário voltarmos aos ensinamentos de Beccaria:

Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir. Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra. (BECCARIA, 2001, p. 30)

Ainda nesse contexto, temos Thomas Hobbes, que no seu *Leviatã*, trouxe a ideia do contrato social e de que para se construir uma sociedade, é necessário que cada indivíduo abra

mão de certos direitos naturais, para o governo ou outra autoridade. Com isso, obtém-se as vantagens da ordem social e estabelece-se um acordo mútuo de não aniquilação do outro.

Outro ponto de relevo trazido por Beccaria é o da proporcionalidade da penalidade. Uma pena para ser justa, deve ser necessária. O grau de rigor deve ser suficiente para afastar os homens da senda do crime e nada além disso, a fim de não causar abuso de poder.

Entretanto, é necessário ressaltar que por mais que as pessoas estejam de fato “dispostas” a abrir mão de certos direitos para resguardar outros, a percepção de que a intervenção penal imposta pelo Estado tem que ser danosa, a fim de fazer sujeito pagar com o corpo e alma pelo crime cometido, é superficial. Dito de outra forma, a pena deverá ser aplicada de uma forma menos danosa para com a pessoa do condenado, haja vista que este é o entendimento encontrado nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela)

Regra 1: Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Ainda sobre o tratamento do preso, temos a presente regra fixada:

Regra 3: O encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivos pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade. Portanto, o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Ao entender que o Direito Penal é utilizado como a *ultima ratio*, ou seja, é o último instrumento utilizado pelo Estado, é necessário entender que a pena deve ser a última medida a ser buscada.

3 O AUMENTO DA SANÇÃO É CAPAZ DE REDUZIR A CRIMINALIDADE?

O que é a sanção? Sanção penal é a resposta do Estado ao responsável pela prática de um crime ou contravenção penal, tida após o devido processo legal. É uma reação cujo direito subjetivo de manifestação pertence somente ao Estado, único possuidor do poder de polícia.

A pena não deveria ser apenas uma retribuição ao ilícito; deveria ser eficaz para atender mais amplamente aos interesses da sociedade, promovendo a tutela dos bens jurídicos, a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.

Dentre os fundamentos da pena, o direito brasileiro prevê:

- a) retribuição: a pena aplicada ao condenado deve retribuir (proporcionalmente) o mal causado na infração cometida;
- b) reparação: deve haver a reparação do crime, nos casos em que isso for possível;
- c) reabilitação: a pena deveria recuperar o condenado, tornando-o útil e apto para o convívio social;
- d) dissuasão: a pena deve desencorajar o condenado e a sociedade a praticarem ilícitos.

Estes fundamentos são extraídos das teorias Absolutas e Relativas da pena:

Para uma teoria absoluta, a pena é vista como a resposta principal; é a retribuição ao mal do crime. Já para uma teoria relativa, a pena deve ter um caráter preventivo, geral ou especial, negativo ou positivo.

A teoria preventiva geral negativa prevê a dissuasão da sociedade pelo exemplo da punição; a teoria preventiva geral positiva visa creditar no imaginário social, a credibilidade do sistema penal; por sua vez, a prevenção especial negativa visa a neutralização do condenado e a prevenção especial positiva busca a sua ressocialização.

Outra teoria é a Teoria Agnóstica ou Negativa: essa teoria é uma concepção mais recente que questiona as teorias tradicionais da pena e o poder punitivo do Estado. Para essa teoria, a pena em si não possui sentido ou finalidade concreta que possa ser executada; a pena é apenas um exercício do poder punitivo.

A busca pelo sentido da pena não é nova. Sobre isso, Beccaria escreveu:

Mas, que se deve pensar das torturas, esses suplícios secretos que a tirania emprega na obscuridade das prisões e que se reservam tanto ao inocente como ao culpado? Importa que nenhum delito conhecido fique impune; mas, nem sempre é útil descobrir o autor de um delito encoberto nas trevas da incerteza. Um crime já cometido, para o qual já não há remédio, só pode ser punido pela sociedade política para impedir que os outros homens cometam outros semelhantes pela esperança da impunidade. (BECCARIA, 2001. p.29)

Beccaria, mesmo há alguns séculos atrás, possuía a consciência de como a sociedade e o Estado eram injustos e que a pena imposta muitas vezes encontra coro no punitivismo social. Ainda hoje, é muito comum escutar a frase "bandido bom é bandido morto". Todavia, a grande maioria das pessoas não reflete sobre a falibilidade do sistema e pela seletividade penal, quando

peças de grupos específicos, com características específicas, constituem a maior parte da clientela carcerária.

Erros do judiciário não são raros, mas talvez o mais conhecido seja o Caso dos Irmãos Naves. O caso envolveu Benedito Pereira Caetano, que se envolveu em um grande negócio de cereais com os irmãos Joaquim e Sebastião Naves. Após negociar uma grande quantidade de arroz e receber um cheque valioso, Benedito desapareceu misteriosamente.

A polícia acusou os irmãos Naves de premeditar o assassinato de Benedito para roubar o dinheiro que ele carregava. Alegaram que os levaram em um caminhão até a ponte do "Pau Furado", onde o enforcaram e jogaram seu corpo no rio. Os irmãos foram acusados com base em confissões obtidas sob coação e evidências circunstanciais, embora não houvesse provas sólidas.

Os réus foram submetidos a julgamento popular por duas vezes, sendo absolvidos em ambas. No entanto, o tribunal de apelação reverteu as absolvições e condenou os irmãos Naves à penas longas de prisão.

Em 1952, após anos na prisão, os irmãos Naves foram libertados por livramento condicional. Posteriormente, em 1953, Benedito Pereira Caetano foi encontrado vivo, 15 anos após seu desaparecimento, o que confirmou a inocência dos irmãos.

Mesmo diante de tanta injustiça, a pergunta que nos aflige é: por que deixamos o Estado fazer essas atrocidades e mesmo assim não nos revoltamos? Por que vemos tantas notícias de pessoas presas injustamente e simplesmente deixamos para lá?

Sobre isso, mais uma vez vale as lições de Beccaria:

É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; é porque, finalmente, as forças que defendem externamente o trono e os direitos da nação estão separadas das que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar estreitamente unidas. (BECCARIA, 2001. p.30)

O caso de Rafael Braga é outro exemplo de como o sistema de justiça criminal pode ser injusto e discriminatório, especialmente quando se trata de indivíduos negros e pobres.

Rafael Braga ficou conhecido como o "símbolo da injustiça" após ser detido durante os protestos que ocorreram no Brasil em 2013. Sua história ganhou destaque internacional como um exemplo das disparidades raciais e econômicas no sistema de justiça brasileiro. Ele era um catador de materiais recicláveis e vivia em situação de extrema pobreza. Durante os protestos

de 2013, foi preso pela polícia do Rio de Janeiro sob acusações de porte de material explosivo, por portar uma garrafa de desinfetante e uma água sanitária. Ele também foi acusado de tráfico de drogas, apesar de não haver evidências sólidas que o vinculasse ao tráfico. O caso de Rafael Braga gerou indignação e protestos em todo o Brasil e no mundo, pois muitos viram a sua prisão como um exemplo da maneira como a justiça brasileira trata os indivíduos negros e pobres. Muitos ativistas e organizações de direitos humanos pediram sua libertação e criticaram as acusações infundadas e a sentença dura que ele recebeu.

Rafael foi condenado à mais de 11 anos de prisão, mas devido a contração de uma tuberculose dentro da prisão e os tratamentos não serem de fácil acesso, desde 2018 ele cumpre o restante da pena em regime domiciliar. No entanto, sua história continua a ser lembrada como um exemplo das desigualdades raciais e sociais no sistema de justiça brasileiro e da necessidade de reformas para garantir um tratamento justo e igualitário para todos os cidadãos.

4 SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

Vilas Boas (2012, p. 35) explica que a dignidade humana é trazida na Constituição brasileira como um fundamento da república e por isso como um princípio norteador dos demais princípios e garantias fundamentais.

Todavia, quando analisamos o sistema carcerário brasileiro, fica o questionamento sobre o respeito a este princípio.

A superlotação das penitenciárias, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023, atingiu o patamar e 832.295 pessoas encarceradas, com um déficit de 230.578 vagas. Destes presos, 68,2% são negros; 62,6% tem idade entre 18 a 34 anos e 95% são do sexo masculino. Do total, 44% são provisórios, ou seja, presos que ainda não foram condenados. Estes dados são do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Diante dos dados, não é difícil questionar a eficácia do sistema penitenciário ou o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Como dito por Vilas Boas (2012, p. 35), dignidade humana significa “reconhecer o ser humano como um fim em si”; “é não coisificá-lo” ou objetificá-lo. Por outro lado, percebemos a objetificação do preso, visto apenas como instrumento do poder de punir do Estado.

Cumprir dizer, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter ilícito da pena aplicada na prática, ao julgar a ADPF 347, que ficou conhecida como o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro³.

Para a Suprema Corte brasileira, restou configurada a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Segue a ementa da decisão:

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) :PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL

ADV.(A/S) :DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA

PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL, STF, 2015)

Não há dúvidas, pela decisão judicial acima, de que há uma violência persistente aos direitos fundamentais dos presos que permite dizer que o sistema penitenciário nacional possa ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional. Por isso é correto dizer, que a pena, tal qual aplicada no Brasil, viola sobremaneira o princípio da dignidade humana, que está elencado no art. 1º, III da Constituição da República Federativa.

³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347. A origem do termo estado de coisas inconstitucional teria se dado na Colômbia em 1997, com a decisão que ficou conhecida como Sentencia de Unificación.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que o sistema penal enfrenta sérios desafios e questões complexas. O punitivismo, caracterizado pelo uso excessivo de punições e sanções criminais, muitas vezes resulta em superlotação carcerária, injustiças e violações dos direitos humanos.

Registra-se também, que a eficácia dessas sanções na redução da criminalidade é questionável, uma vez que fatores socioeconômicos desempenham um papel significativo na delinquência.

No contexto brasileiro, a dignidade da pessoa humana surge como um princípio fundamental da Constituição, mas a realidade das prisões e do sistema carcerário frequentemente entra em conflito com este princípio.

Portanto, é essencial buscar um equilíbrio entre punição justa e reabilitação, respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos. Reformas abrangentes são fundamentais para direcionar o sistema penal brasileiro para uma abordagem mais eficaz, justa e humanitária, promovendo a justiça, a prevenção do crime e o respeito à dignidade de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. eBookLibres, edição eletrônica. 2001.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2023/07/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-2023Forum-Brasileiro-de-Seguranca-Publica.pdf>>

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 134.670**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4987574>. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 347**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>).

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Notícia: **Símbolo da seletividade penal. Caso Rafael Braga**. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2018/06/20/simbolo-da-seletividade-penal-caso-rafaelbraga-completa-cinco-anos/>

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2010.

MORAIS, Valdeci Guidini. **O verdadeiro caso dos irmãos Naves**. Memorial do Ministério Público do Paraná, Curitiba, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela)**, 2015. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf

VILAS BOAS, Francisco. **Bases para uma teoria antropocêntrica de Direito Penal**. Editora Trevo, São Paulo, 2022.

VILAS BOAS, Francisco. **Dignidade Humana e Justiça Social**. Editora PerSe, Belo Horizonte, 2012.

FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE À MULHER TRANSEXUAL

Laura Silva Bessa¹
Francisco José Vilas Boas Neto²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo acerca da aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às vítimas mulheres transexuais, além da discussão perante essa problemática que abarca sobre o conflito entre gênero e sexo e sobre o sujeito passivo no crime de feminicídio. O número de mortes de transexuais no Brasil é alto e nomear o crime é enxergar o problema e as milhares de vítimas de forma mais clara, sem as excluir da sociedade. As hipóteses discutidas na pesquisa serão no tocante das divergências entre decisões judiciais, embasando-se no próprio conceito de feminicídio e como o ordenamento jurídico atualiza-se de acordo com a evolução da sociedade, entretanto ainda existe um número pequeno de aplicação do feminicídio para mulheres transexuais. Para tanto, foi utilizado como metodologia para o desenvolvimento do estudo: a pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, com análises teóricas, através dos principais autores das obras e a coleta de dados, encontrada em bancos de dados digitais específicos, além de buscar informações documentais, por meio de jurisprudências e legislação. O objeto do estudo tem como finalidade realizar uma análise do caso e demonstrar a viabilidade da aplicação do feminicídio para mulheres transexuais, visto que, existe uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro tratando do tema estudado, uma vez que, o conceito de feminicídio está ligado ao gênero, não ao sexo biológico. Dessa forma, a pergunta problema que delimita o objeto da presente pesquisa é a seguinte: o dispositivo legal do feminicídio pode ser interpretado de forma extensiva, a ponto de incluir a mulher trans?

Palavras-chave: feminicídio; transexualidade; mulheres trans; aplicabilidade.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar a aplicabilidade da qualificadora de feminicídio em que as vítimas são mulheres transexuais. Nesse sentido, a finalidade do surgimento da Lei 13.104/15, como uma qualificadora do crime de homicídio, se dá a quantidade de mulheres vítimas e mortas no Brasil, do mesmo modo, fala-se das mulheres trans, aquelas em que são vítimas da sociedade e do ordenamento jurídico. A importância da criação do feminicídio se trata da análise da motivação, ou seja, quando a agressão decorrer devido ao gênero da vítima. Sendo assim, esta discussão constitui o objetivo da presente pesquisa.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Email: lauraa.bessa08@gmail.com

² Doutor em Direito Penal pela PUC Minas. Pós-doutorando pela FAJE. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade Federal de Ouro Preto.

Ademais, a população transexual feminina integra um grupo minoritário e de vulnerabilidade, com maior número de mortes no Brasil, além de ter uma expectativa de vida prematura, de 35 anos de idade. Indubitavelmente, é necessário que tais grupos tenha uma proteção maior, visto que, são os maiores alvos de violência e crimes de ódio, portanto, a realidade é outra. Em meio a decisões, jurisprudências e leis, não há uma nomeação e uma tipificação para aqueles crimes cometidos às mulheres transexuais.

Nessa linha, o agravamento das penas não garante uma maior proteção à mulher, portanto a lei trouxe maior visibilidade à violência ao gênero feminino, além de impor maior rigidez no tratamento contra o autor desse tipo de delito. Entretanto, as mulheres transexuais sofrem agressões de forma demasiada e não existe legislação com o objetivo próprio de proteção a elas.

Primordialmente, nesse presente artigo, será tratado o assunto referente ao sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero, com o intuito de clarear o assunto abordado e o tema-problema que será discutido futuramente. É de suma importância, o estudo deste capítulo para melhor compreender as diferenças entre os conceitos e aonde está a mulher transexual. Além disso, será estudado a transexualidade dentro do ordenamento jurídico e os direitos que esse grupo minoritário tem.

Para adentrar no tema principal da pesquisa, será estudado a Lei 13.104/15, conhecida como Lei do Femicídio, também será desenvolvido o estudo da importância da criação da mesma, além de examinar a aplicabilidade da Lei nos crimes cometidos. A análise também será feita mediante a motivação do crime, que são decorrentes da desigualdade de gênero e a desvalorização da mulher na sociedade. Saliente-se ainda que, é fundamental a análise da evolução da mulher no ordenamento jurídico e como impactou na sociedade em si.

Como já comentado, o número de mortes de mulheres transexuais no Brasil é alto, dessa forma, haverá uma pesquisa relacionada a esses números, além de examinar os possíveis motivos das violências contra essas mulheres. Conseqüentemente, quando há vítimas, em quais crimes o autor é denunciado ou condenado.

E para finalizar o estudo do artigo, será aprofundado o estudo sobre a possível aplicabilidade da Lei do Femicídio a essas mulheres trans, vítimas de violência e mortes no Brasil. Respondendo as seguintes questões: as mulheres transexuais podem ser vítimas de feminicídio? Poderá haver a aplicação da Lei nesses casos? Qual o impedimento dos magistrados de não aplicarem a Lei 13.104/15, quando a vítima é transexual em caso de morte?

A metodologia desenvolvida no artigo foi a pesquisa bibliográfica, em que foram utilizadas doutrinas, artigos científicos e obras já publicadas para desenvolver o tema, como forma de auxiliar no aprimoramento e no entendimento do estudo. Além disso, foi utilizada a pesquisa documental, empregando dados virtuais, de fontes seguras, também foram usufruídas as leis, para objetivar a matéria estudada e jurisprudências que mostram como o tema está sendo utilizado em casos concretos. Outrossim, o procedimento metodológico, sendo aquele utilizado para coleta de dados e informações para chegar ao tema-problema, foi o método dedutivo, ou seja, aquele que parte de uma visão ampla para uma visão específica do conteúdo.

2 SEXO, IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL

Objetivando sistematizar teoricamente o propósito da pesquisa, é necessário a conceituação de alguns pontos para melhor entendimento e esclarecimento do tema, visto que, o ponto crucial do objeto em questão envolve o presente tópico.

De fato, a sexualidade humana é debatida durante toda a história da humanidade e está relacionada as questões biológicas, psicológicas, sociais e culturais, no qual fazem parte de um processo de transformação no campo da história, assim como afirma o autor Fabricio Veiga Costa, em seu livro, Política Pública de Saúde Coletiva de Mulheres e Homens Trans:

A categorização de corpos sexuados se deu genuinamente a partir da genitália dos sujeitos, fundado em premissas propostas pela modernidade e trazidas pela biologia e medicina, enquanto as proposições acerca da identidade de gênero decorrem diretamente de construções psicossociais, da liberdade, autonomia e autodeterminação dos sujeitos. (COSTA, 2022. p. 60)

Ao dar destaque à questão da feminilidade, uma vez que as expressões "ser do sexo feminino" e "ser mulher" não são sinônimas, inicia-se o estudo aprofundando a questão do sexo biológico dos seres humanos.

A discriminação de corpos sexuados se caracteriza a partir da genitália do indivíduo, baseando em estudos biológicos e pela medicina, que durante muito tempo definiu o que era mulher dentro dos limites das características anatômicas, sendo aquela considerada mulher apenas em decorrência da vagina. Dessa forma, a aplicabilidade das leis relacionadas as mulheres, já foi limitada apenas aquelas do sexo feminino, em que o conceito de binarismo é predominante na observância das normas.

O binarismo de gênero é uma construção social, como afirma Judith Butler (1993), que normatiza o papel de homem e mulher perante a sociedade, sendo o masculino superior em

diversos âmbitos ao feminino, moldando as crianças para agirem conforme seus padrões de gênero. (PINHEIRO, 2021) Sendo assim, o sexo está diretamente ligado aos elementos do corpo que caracterizam o ser de acordo com suas características biológicas, dando força ao binarismo e as construções sociais.

Até o século XVIII, o discurso dominante teria construído os corpos masculino e feminino como versões hierarquicamente ordenadas de um único sexo. Esse modelo hierárquico, mas de sexo único, interpretava o corpo feminino como uma versão inferior e invertida do masculino. No século XIX, esse modelo é substituído por um modelo reprodutivo que enfatiza a existência de dois corpos radicalmente diferentes, com uma oposição radical das sexualidades masculina e feminina. Isso repercutiu em termos de gênero. Passa a haver uma diferença absoluta entre homens e mulheres: não mais um corpo parcialmente diferente, mas dois corpos singulares, o masculino e o feminino (PORCHAT, 2014, p. 24).

Essa manifestação referente ao assunto conceitua toda a hierarquia predominante entre os sexos masculino e feminino e como a sociedade influencia diretamente na diferença entre eles. Afinal, o que o sexo afeta na identidade de gênero?

Haverá “um” gênero que as pessoas possuem, conforme se diz, ou é o gênero um atributo essencial do que se diz que a pessoa é, como implica a pergunta “Qual é o seu gênero?” Quando teóricas feministas afirmam que o gênero é uma interpretação cultural do sexo, ou que o gênero é construído culturalmente, qual é o modo ou mecanismo dessa construção? (BUTLER, 2003, p. 26)

Ainda assim, Judith Butler responde:

Se gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra de um sexo desta ou daquela maneira. Levada a seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos. Supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorre daí que a construção de “homens” se aplica exclusivamente a corpos masculinos, ou que o termo “mulheres” interprete somente corpos femininos. (BUTLER, 2003, p. 26)

Nesta perspectiva, não há razão para que a identidade de gênero siga na linha do binarismo, o qual limita a interpretação de gênero, restrita pelo sexo.

A distinção entre sexo biológico e gênero atende ao pensamento de que, por mais que o primeiro pareça irretatável em termos biológicos, o segundo é culturalmente concebido, vez que o gênero não é o resultado causal do sexo biológico e tampouco tão aparentemente fixo em relação a ele. Por isso, a unidade do sujeito é contestada de modo potencial pela distinção que abre espaço ao conceito de gênero enquanto uma interpretação múltipla do sexo. (CUNHA, 2018. p. 293)

Outrossim, a identidade de gênero está ligada diretamente a autoimagem, ou seja, é como uma pessoa se sente em relação ao próprio gênero. De acordo com o Manual de

Comunicação LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais), a identidade de gênero é uma experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, podendo ou não corresponder com o sexo biológico, externalizando a mudança pessoal do corpo, como também a vestimenta, modo de falar e a maneira de agir. Dessa forma, a expressão de gênero está vinculada muito mais aos fatores sociais e culturais do que biológicos.

Em razão disso, a transexualidade desconstrói o binarismo e os preceitos que a sociedade impôs no conceito de homem e mulher, em que Simone Beauvoir expõe que “não é o corpo-objeto descrito pelos cientistas que exige concretamente e sim o corpo vivido pelo sujeito.” (BEAUVOIR, 1970. p. 59) Ou seja, não é o sexo que define o sujeito, mas sim o que ele se identifica ser, na qual a condição do mesmo é reflexo de questões psicossociais que se desenvolvem no âmbito da intersubjetividade e autodeterminação. (COSTA, p. 60)

Posto isso, o que é orientação sexual e qual influência o sexo e a identidade de gênero provocam nela? Inicialmente, o aspecto sexualidade está completamente atrelado a “orientação sexual”, que se refere ao envolvimento emocional ou à atração sexual. (SENA, 2019. p. 45) A orientação sexual dos indivíduos independe do sexo biológico e do gênero, ou seja, diz respeito à capacidade afetiva de ter uma atração para com outras pessoas – sejam elas do mesmo gênero ou não. (CUNHA, 2018. p. 296).

Dessa forma, Berenice Bento ressalta:

No entanto, como é possível afirmar que todas as crianças que nascem com vagina gostam de rosa, de bonecas, brinquedos que não exigem muita força, energia e inteligência? Aquilo que evocamos como dado natural, o corpo sexuado, é resultado de normas de gênero. Como afirmar que existe um referente natural, original para se vivenciar o gênero, se ao nascermos já encontramos as estruturas funcionando e determinados o certo e errado, o normal e o patológico? O original já nasce “contaminado” pela cultura. Antes de nascer, o corpo já está inscrito em um campo discursivo. (BENTO, 2008, p.550)

Isso significa que, o sexo e o gênero influenciam diretamente na assimilação da orientação sexual, portanto, há de se afirmar que vai muito além do que a sociedade impõe sobre o sujeito. Uma vez que, a identidade de gênero e a orientação sexual se manifesta a partir do indivíduo em si e é dessemelhante ao sexo biológico.

2.1 A transexualidade e o direito

O estudo da sexualidade referente a transexualidade sofreu mudanças e intolerância durante os séculos, grandes filósofos e pesquisadores dissertaram sobre o tema, para que fosse compartilhado de uma forma clara e necessária para o entendimento, ou seja:

A transexualidade é considerada um fenômeno complexo. Em linhas gerais, caracteriza-se pelo sentimento intenso de não-pertencimento ao sexo anatômico, sem a manifestação de distúrbios delirantes e sem bases orgânicas (como o hermafroditismo ou qualquer outra anomalia endócrina). Pode-se dizer que a fundamentação deste fenômeno na atualidade está baseada em dois dispositivos distintos. O primeiro diz respeito ao avanço da biomedicina na segunda metade do século passado- principalmente no que se refere ao aprimoramento das técnicas cirúrgicas e ao progresso da terapia hormonal – que faz do desejo de “adequação” sexual uma possibilidade. O segundo concerne à forte influência da sexologia na construção da noção de “identidade de gênero” como sendo uma construção sociocultural, independente do sexo natural ou biológico (ARÁN, 2006, p. 50 apud COSTA, 2022. p. 65)

Nesse contexto, a transexualidade se caracteriza àquele que não se identifica com o sexo em que nasceu, mas se reconhece pelo sexo oposto, individualizando as características, o modo de viver e os trejeitos do sexo identificado, não necessariamente alterando o órgão genital, uma vez que a identidade de gênero está além do âmbito sexual. Dessa forma, a transexualidade representa o que a pessoa é e como ela se enxerga perante a sociedade, assim como entende Costa e Silveira (2017, p. 156): “[...] são aquelas que não associam seu sexo biológico, aquele atribuído quando de seu nascimento, à sua identidade de gênero, esta consistente em amparo histórico, social, cultural e, sobretudo, pessoal, que cada um amalha ao longo de sua vivência”.

Portanto, aonde entra a transexualidade no direito?

A conquista de direitos por grupos socialmente minoritários apresenta-se como uma realidade contemporânea, concretizada a passos lentos em nossa coletividade (PEREIRA; GOMES, 2017. P. 211). A Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e igualdade de gênero como forma da não-discriminação e de atingir a todos, incluindo os grupos minoritários. Portanto, no cotidiano, a população trans é alvo de preconceito, desprotegidas de direitos fundamentais, exclusões estruturais e diversos modos de violência. Assim como afirma Fabricio Veiga Costa: “se a própria legislação brasileira ainda segue o binarismo e os padrões impostos pela doutrina da heterossexualidade, fica evidente a exclusão dos transgêneros pelo próprio direito vigente.” (COSTA, 2022. p. 79).

Neste contexto, a luta pelos direitos transexuais se intensifica diariamente, envolvendo critérios fundados na dignidade da pessoa humana, liberdade de escolha, vedações de atos discriminatórios e igualdade material, objetivando acolher as transformações da sociedade e ressignificar os institutos do direito civil, penal e trabalhista.

De fato, ainda não há lei que especifique diretamente os direitos transexuais no ordenamento jurídico brasileiro, existindo uma lacuna referente ao assunto, o qual muitas vezes seja insuficiente para a interpretação e aplicação do direito a esta classe minoritária. Portanto,

há dispositivos legais que abrangem as pessoas transexuais em decorrência das inúmeras dificuldades vindas do ponto de vista social e familiar.

Por meio de decisões jurisprudências, o Supremo Tribunal Federal permitiu que pessoas trans mudem o nome e o gênero no registro civil, mesmo sem procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, podendo ser feita por meio de decisão judicial ou diretamente no cartório. (COELHO, 2018)

Concede-se ainda, o direito a realização da cirurgia de redesignação sexual, e mais além, o STF reconheceu que atos ofensivos praticados contra pessoas da comunidade LGBTQIAPN+ podem ser enquadrados como injúria racial, uma vez que existe uma lacuna referente ao assunto.

É notório que a visibilidade referente às pessoas transexuais aumentou devido a luta de direitos que ocorre diariamente por essa classe minoritária, além de que, o princípio da igualdade expresso no art. 5º, caput, da Constituição Federal indica que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” Entretanto, verifica-se que, existe uma distinção e preconceito referente às pessoas transexuais, baseadas na discriminação cultural, social e religiosa. No Brasil, existem programas que tentam conscientizar as pessoas, sobre a diversidade sexual e enfrentamento das violências contra LGBTIQ+, mas não existe um tipo penal que criminalize especificamente os crimes contra essa comunidade, tornando-a vulnerável. (CANÉ, s.d)

3 A LEI DO FEMINICÍDIO

O conceito de feminicídio surgiu na década de 1970 por Diana Russell, pesquisadora, escritora e ativista feminista, em Bruxelas, na Bélgica, no Primeiro Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em que a mesma defendia as vítimas de homicídios que foram motivados pela misoginia (FRANÇA, 2020). Em um dos pensamentos e momentos do livro de Diana Russell e Jane Caputi, chamado *Femicide* (1992), definem o feminicídio da seguinte forma:

Assim como o estupro, muitos assassinatos de mulheres por maridos, amantes, pais, conhecidos e estranhos, não são produtos de algum desvio inexplicável, eles são feminicídios (femicides), a forma mais extrema do terrorismo sexista, motivado pelo ódio, desprezo, prazer, ou um senso de propriedade sobre a mulher. Feminicídio inclui mortes por mutilação, estupro, espancamentos que terminam em morte, imolação

como no caso das mulheres consideradas bruxas na Europa ou de viúvas na Ásia, crimes de honra [...] nomeando-os como feminicídio remove-se o véu não engendrado de termos como homicídio e assassinato (Caputi; Russell, 1992, p. 15; em livre tradução).

Ante o exposto, no século XIII, a Igreja criou o movimento político-religioso, conhecido como Inquisição, que tinha a finalidade de condenar e punir pessoas desviadas dos ensinamentos cristãos, em que o termo caça às bruxas ficou conhecido historicamente, como a perseguição ocorrida às mulheres que supostamente possuíam poderes sobrenaturais, sendo esse grupo o grupo mais acusado de prática de feitiçaria. (PISSURNO, s.d.)

Segundo Alice Bianchini, conforme citado por Bitencourt (2015):

Ao longo da história, nos mais distintos contextos socioculturais, mulheres e meninas são assassinadas pelo tão só fato de serem mulheres. O fenômeno forma parte de um contínuo de violência de gênero expressada em estupros, torturas, mutilações genitais, infanticídios, violência sexual nos conflitos armados, exploração e escravidão sexual, incesto e abuso sexual dentro e fora da família. (BIANCHINI, 2014)

Dessa forma, antes da vigência da Lei específica, o número de mortes de mulheres ainda era alto, e, não havia grande visibilidade e uma pena devidamente aplicada ao autor, sendo enquadrada como homicídio simples ou homicídio qualificado pelo motivo torpe, fútil ou ainda dificuldade da vítima em se defender.

À vista disso, e dos estudos de Diana Russell decorrentes ao feminicídio, a nomeação do crime foi utilizada cada vez mais na América Latina, principalmente no México, ganhando força no Brasil, logo após a criação da Lei Maria da Penha, no ano de 2006.

O Projeto de Lei do feminicídio foi proposta pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência contra a Mulher e justificado da seguinte forma:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônica e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionai.” (Agência Senado, 2013)

Nota-se que, a criação da Lei do Feminicídio, não tem o intuito de prevenir o cometimento do crime, mas nominar as consequências geradas em decorrência de homicídios contra as mulheres, em razão do gênero feminino.

Por conseguinte, a Lei nº 13.104/2015 entrou em vigor em 9 de março de 2015, intitulada como a Lei do Feminicídio, uma modalidade do homicídio qualificado, sendo as vítimas mulheres, em decorrência da condição do sexo feminino (GRECO, 2019). Dessa forma, a criação da Lei deu mais visibilidade ao crime, com a finalidade de maior responsabilidade em relação a pena do autor, visto que está prevista na categoria de crimes hediondos.

De acordo com a letra da lei, situada no art. 121, §2º, inciso VI, do Código Penal, assegura que, “se o homicídio é cometido [...] contra mulher por razões da condição de sexo feminino.” Ou seja, para que seja aplicado o citado artigo o crime deverá envolver como sujeito passivo a mulher, portanto a motivação do crime ainda, deve ser em razão de condição do sexo feminino. À vista disso, será o ponto estudado do presente artigo.

Em relação ainda ao sujeito passivo do feminicídio e ao texto do Projeto de Lei, sofreram alterações durante a tramitação na Câmara dos deputados, o qual a palavra “gênero” foi retirada do corpo da lei, restringindo o conceito de mulher na aplicabilidade do crime e excluindo as mulheres transexuais (FERNANDES, 2020). Portanto, essa seria a discussão mais pertinente nos dias atuais, tendo em vista a diversificação dos gêneros sexuais, uma vez que o conceito de mulher no ordenamento jurídico, na sociedade e nos costumes se modificou ao longo dos anos, ampliando a aplicação das leis que envolvem as mulheres, que será estudado futuramente no presente artigo, em razão da divergência dos magistrados, de doutrinadores envolvendo pensamentos mais conservadores e mais progressistas.

3.1 A evolução do conceito de mulher dentro do ordenamento jurídico

A mulher, por muito tempo, esteve em um patamar inferior na sociedade em relação aos homens, em que a única finalidade era procriar e cuidar do lar, sem direitos e deveres adquiridos, uma vez que os fatos social, cultural e estrutural influenciaram diretamente para que houvesse essa determinação. Dessa forma, a mulher se sentia no dever de dependência masculina.

A luta pela igualdade é contínua e ainda mais se tratando de igualdade de gênero, que passa por uma lenta e descompassada evolução. (SANTOS, 2018) É notório que houve um grande progresso da mulher no ordenamento jurídico, o qual se refere a direitos e deveres, uma vez que a figura feminina era tratada de forma irrelevante na sociedade.

Ademais, o Código Civil brasileiro, no primeiro momento da sua criação, sendo o primeiro estatuto nacional da cidadania, ainda reforçava valores tradicionais e conservadores,

especialmente em relação à família e a poderes maritais, o qual limitava a capacidade da mulher para atividades contratuais, ao direito de votos, decisões privadas e até mesmo o divórcio (COELHO, s/d). Após muitas lutas recorrentes e sofrimentos em relação a vivência da mulher no âmbito social e jurídico, sua notoriedade foi se tornando maior em decorrência de muitas lutas e até mesmo morte dessas mulheres, uma vez que a violência doméstica nunca deixou de existir.

Nessa perspectiva, a ascensão dos movimentos feministas desempenhou um papel crucial na promoção dos direitos das mulheres, incluindo a igualdade de oportunidades no campo jurídico, como também, a igualdade de salários, oportunidades de emprego e a discriminação de gênero. Dessa forma, os avanços legislativos e institucionais foram fundamentais para tais mudanças, em que as mulheres alcançaram posições de destaques.

Além disso tudo, a evolução do conceito de mulher dentro do ordenamento jurídico reflete mudanças significativas nas leis e nas percepções sociais ao longo do tempo, uma vez que o crescimento da mulher refletiu em toda a sociedade brasileira. À medida em que as mulheres conquistaram avanços em todas as áreas, a legislação precisou se adaptar para reconhecer e garantir essas conquistas.

O reconhecimento da violência de gênero como uma questão urgente e inaceitável também teve impacto nas leis, resultando em medidas mais rigorosas para prevenir e punir casos de violência contra as mulheres, já que mesmo diante da evolução da mulher, ainda há o preconceito e a discriminação de gênero. Assim como afirma Sergio Gomes da Silva, em seu artigo que aborda sobre o preconceito e a discriminação contra a mulher:

Quando um grupo social legitima papéis que não necessariamente condizem com a realidade desses mesmos atores sociais, cria um sistema de crenças que será disseminado no imaginário social coletivo. Esse sistema de crenças vai legitimar, por sua vez, a violência física ou sexual (também poderia legitimar qualquer outra), estabelecendo como norma a condição do homem como herdeiro único do sistema patriarcalista, machista e viril bem como do capitalismo selvagem do qual fazemos parte. (SILVA, s/d)

Ou seja, os papéis caracterizados pelos homens muitas vezes são associados e servem para justificar as práticas violentas, sendo física ou sexual contra a mulher, tornando-a frágil e descredibilizada, visto que diante da grande evolução da mulher na sociedade e no ordenamento jurídico, ainda há que desempenhar um rigoroso papel da percepção da mulher no direito.

E no Direito Penal? O que mudou?

Em menos de duas décadas, não existia proteção suficiente às mulheres em relação à violência doméstica, abusos sexuais, abusos morais e até mesmo o feminicídio, uma vez que, a

permanência da família era mais importante. Dessa forma, o estudo da criminologia e o crescimento da mulher perante a sociedade foi de suma importância para a eliminação das acusações que não condiziam com o papel da mulher na sociedade, mas também foram integradas significativas atualizações legais para garantir sua proteção.

Ao adentrar na criminologia, e em sua própria definição, de acordo com Newton Fernandes e Valter Fernandes, citados no texto de Giovanna Pissuto acerca do tema, conceituam-se como:

Criminologia é a ciência que estuda o fenômeno criminal, a vítima, as determinantes endógenas e exógenas, que isolada ou cumulativamente atuam sobre a pessoa e a conduta do delinquente, e os meios laborterapêuticos ou pedagógicos de reintegrá-lo ao agrupamento social (FERNANDES, 2002)

Ou seja, de acordo ainda com Giovanna Pissuto:

Em sentido lato, a Criminologia vem a ser a pesquisa científica do fenômeno criminal, das suas causas e características, da sua prevenção e do controle de sua incidência. [...] Em resumo: “Criminologia é o estudo do crime, do criminoso, da vítima e das causas e fatores da criminalidade”. (PISSUTO, 2014)

Em paralelo ao tema estudado e a própria criminologia, foi criada a criminologia feminista, sendo aquela que se baseia na desconstrução da ideia de superioridade masculina, que inferioriza e violenta as mulheres, ou seja, a desigualdade de gênero. Tem-se um olhar mais maduro em relação a mulher e a liberdade de trabalho, escolhas, direitos, deveres e proteção, assim como afirma Carolina Fernandes dos Santos:

A criminologia feminista não só incluiu as mulheres na discussão das teorias criminológicas como, em seu desenvolvimento, trouxe a importância de discutir pautas para além das questões isoladamente de gênero, reconhecendo os novos e diferenciados sujeitos do feminismo. (SANTOS, 2020)

Dessa forma, a evolução da mulher no ordenamento jurídico se deu em decorrência de vários fatores ao longo dos séculos, com uma longa linha de sofrimento e lutas. Que mesmo diante de tantos progressos, ainda há que se discutir o acerca do tema frequentemente.

4 A VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSEXUAIS NO BRASIL

O grupo minoritário de mulheres transexuais é vítima de agressões, violências domésticas, preconceito e além de tudo é marginalizado perante a sociedade e excluídos de quaisquer direitos fundamentais existentes. Esse preconceito se dá devido ao preconceito da

sociedade, em relação a mudança de sexo do indivíduo, muitas vezes justificado pela religião, família e vergonha. Essas mulheres enfrentam frequentemente discriminação e violência devido à sua identidade de gênero.

Para adentrar no assunto, é necessário pontuar relevantes questões acerca da violência contra as mulheres transexuais no Brasil, primeiramente o alto índice de assassinatos e crimes de ódio no país. De acordo com o site UOL, matéria publicada em 26 de janeiro de 2023, o projeto internacional Trans Murder Monitoring (monitoramento de assassinatos de pessoas trans), em que foram coletados dados de 80 países, mostram que das 4.639 mortes registradas entre 2008 e setembro de 2022, 1.741 ocorreram no Brasil.

A Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), é uma rede nacional que articula em todo o Brasil 127 instituições que desenvolvem ações para promoção da cidadania da população de Travestis e Transexuais, dessa forma, um dos seus principais objetivos é denunciar e promover a divulgação, em todos os meios de comunicação possíveis, de qualquer caso onde for detectado preconceito e ou discriminação por identidade de gênero e orientação sexual. Diante disso, fizeram uma pesquisa em decorrência a quantidade de assassinatos em 2022 de pessoas trans, sendo de 131 assassinatos, 130 era travestis e mulheres transexuais.

O gráfico mostra os dados de assassinatos de pessoas trans no Brasil entre 2008 e 2022:



Fonte: [Antra \(2022\)](#)

Além dos casos monitorados, ainda existem aqueles casos em que, além de já serem um grupo minoritário, não são divulgados e as vítimas morrem sem dignidade nenhuma, muitas vezes por serem pobres, negras e viverem em situações de vulnerabilidade.

Continuando, dentre esses números expostos e dos crimes de ódio, existem ainda mulheres transexuais que enfrentam a violência doméstica e institucional, o qual há a falta de compreensão e sensibilidade em ambientes familiares, de trabalho e de saúde, dessa forma, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) deve ser aplicada aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transgênero. Além de que, conforme consta no site do STJ (2023):

Em agosto de 2022, após o precedente fixado pelo STJ, a Polícia Civil de Minas Gerais publicou a [Resolução 8.225](#) para, alterando resolução anterior, estabelecer que mulheres transexuais e travestis, vítimas de violência doméstica ou familiar baseada no gênero, fossem atendidas em delegacia especializada, independentemente de mudança do nome no registro civil ou da realização de cirurgia de redesignação sexual.

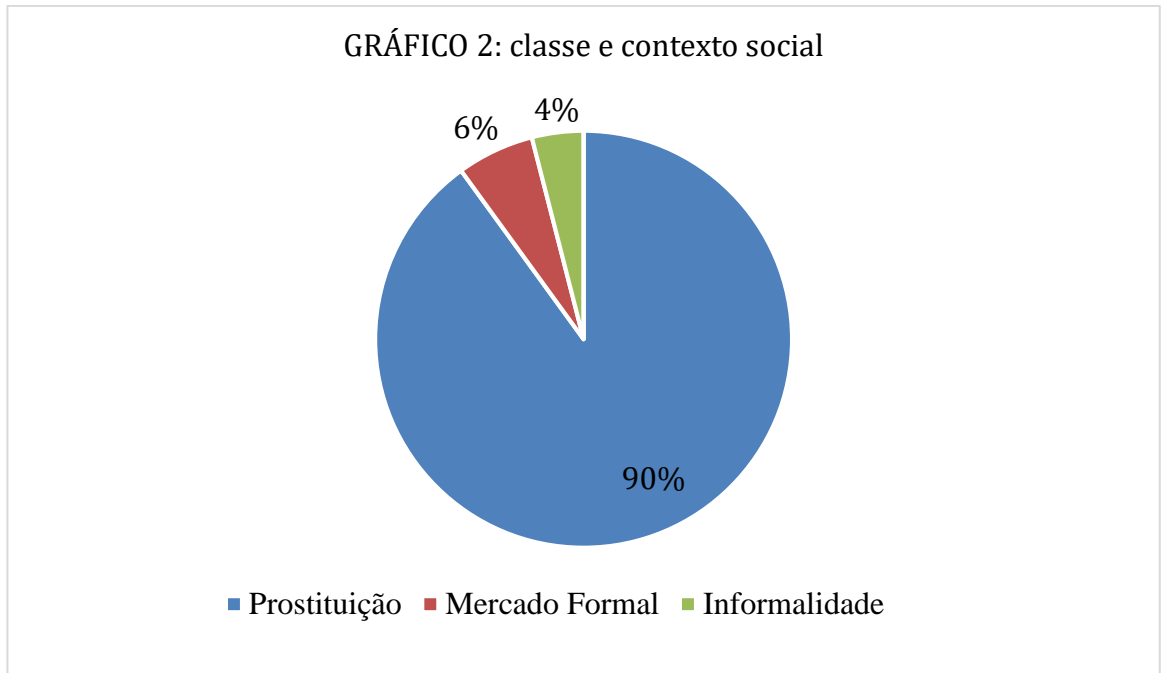
Entre os anos de 2020 e 2022, a Polícia Civil de Minas contabilizou o atendimento de 224 mulheres transexuais vítimas de violência doméstica. (STJ, 2023)

Em razão as violências sofridas das vítimas transexuais e a necessidade de apoio da população em relação a elas, os crimes de ódio com motivações LGBTIfóbicas têm forte influência do patriarcado e se caracteriza da seguinte forma, de acordo com o ANTRA, no DOSSIÊ Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022:

Os crimes motivados por ódio se caracterizam normalmente pelas repetições de métodos, intensidade e quantidade de golpes, além de meios cruéis não houve a chance de defesa da vítima e o uso dos artefatos utilizados na morte, e, muitas vezes, acontecem de acordo com o meio em que a vítima se encontra no ato do assassinato. Seja via pública, de difícil acesso e/ou local privado, há uma diferença entre os métodos utilizados pelos assassinos (BENEVIDES, 2023).

Além das violências físicas já citadas, é necessário pontuar que muitas mulheres transexuais se encontram em situações de vulnerabilidade devido à falta de oportunidades de emprego e discriminação no mercado de trabalho, levando-as a trabalhar na prostituição, aumentando ainda mais os riscos a violência, doenças sexualmente transmissíveis e a morte, ferindo completamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, caput, inciso III, na Constituição Federal de 88, o qual é violada quando o indivíduo seja rebaixado de forma desumana.

Conforme mais uma pesquisa feita pela ANTRA no ano de 2020, 88% das pessoas que responderam a pesquisa acreditam que as empresas não estão preparadas para contratar ou garantir a permanência de pessoas trans em seus quadros, tornando a prostituição uma fonte primária de renda.



Fonte: [ANTRA \(2021\)](#)

Diante de todas as informações e estudos sobre o assunto, é notório que a classe de mulheres transexuais é excluída perante a sociedade, dentro e fora do âmbito familiar, gerando violências, agressões, preconceitos e mortes. Dessa forma, afirma-se que, é necessário que seja criado políticas públicas para amenizar o problema, de forma que toda a população brasileira se conscientize e busque compreender sobre o grupo minoritário, com educação, enfatizando a importância de programas educacionais que promovam a compreensão e o respeito pela diversidade de identidade de gênero, propor ainda, a implementação de programas de treinamento para profissionais de todas as áreas e o mais importante seria, o fácil acesso das mulheres transexuais à saúde, incluindo a saúde mental, sexual e reprodutiva, além de atendimento especializado em casos de violência.

5 A APLICABILIDADE DA LEI DO FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS

Primeiramente, é importante lembrar que a Lei nº 13.104/2015 visa proporcionar uma segurança à mulher em relações as violências sofridas e foi ainda inserida como qualificadora para o crime de homicídio, tornando-se um crime hediondo, com pena de reclusão de 12 a 30 anos.

Em um dos seus trechos, afirma-se que o crime só será tipificado contra a mulher por razões da condição do “sexo feminino”, o qual gera uma grande discussão em torno dele, visto

que, em primeiro momento, o texto descrito estaria “razões de gênero”, e foi alterado na Câmara dos Deputados, justificando de que seria apenas uma emenda para redação. (SENA, 2019). Dessa forma, a lei considera feminicídio quando há razões de condição do sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher, tratando-a de modo diferente e inferior.

Ainda sobre a Lei nº 13.104/15 e sua aplicação nos Tribunais, mais precisamente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em julgamento de um Recurso em Sentido Estrito, a desembargadora relatora Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues, indeferiu pedido de desclassificação de feminicídio, alegando que:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (ART. 121, §2º, INCISO VI, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - RÉU PRONUNCIADO - DESPRONÚNCIA - DESCABIMENTO - MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL - INVIABILIDADE - INDÍCIOS DE EXISTÊNCIA DE "ANIMUS NECANDI" - AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Havendo prova da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria, impõe-se a pronúncia do acusado, cabendo as teses defensivas suscitadas serem apreciadas pelo Conselho de Sentença, juízo competente para a causa. 2. Presentes indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva, no sentido de que o recorrente teria, em tese, agido com animus necandi, é inviável a desclassificação neste momento procedimental, devendo-se resguardar a competência constitucional do Conselho de Sentença para tanto. 3. **A qualificadora relativa ao feminicídio, a partir de uma perspectiva legal e também doutrinária, refere-se à prática de violência de gênero decorrente de um discurso que despreza a condição de mulher e traz para si o controle sobre seus corpos, em sentido amplo.** 4. Recurso não provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0000.23.160299-6/001, Relator(a): Des.(a) Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues, 9ª Câmara Criminal Especializa, julgamento em 18/10/2023, publicação da súmula em 18/10/2023) (grifos nossos.)

Ou seja, de acordo com o caso concreto acima, o entendimento e a aplicação dos Tribunais é de que se torna feminicídio as razões de gênero em relação a condição de mulher e não diretamente ao sexo feminino.

Ademais, aprofundando nos estudos em relação a transcrição da lei e a identidade de gênero no início do artigo, admite-se que não basta apenas o sexo do nascimento do indivíduo para defini-lo como masculino ou feminino, uma vez que, os costumes, a forma de pensar e ver o mundo influenciam diretamente em quem o sujeito é. Já que, o sexo e a identidade de gênero não estão diretamente ligadas.

Pensando por esse critério, visto que a aplicação do Feminicídio se dê apenas pelo “sexo feminino”, haverá a exclusão das mulheres transexuais, tornando as desprotegidas diante do

ordenamento jurídico, dado que, não existe uma lei que especifique o homicídio cruel as mulheres transexuais, enraizado pelo crime de ódio. Portanto, não há que se aplicar a analogia, uma vez que, de acordo com Gerson Aragão:

A analogia provoca a aplicação de lei existente em caso semelhante, para o qual as leis existentes são omissas. É utilizada em hipótese excepcional e apenas para beneficiar o réu (analogia in bonam partem), nunca para prejudicar o réu (analogia in malam partem), uma vez que esta afronta o princípio da reserva legal. (ARAGÃO, 2015)

E em relação às vítimas mulheres transexuais, não há a existencia de caso semelhante, nem mesmo seria possível a utilização em hipótese excepcional, pois a vítima em questão é uma mulher, que sofreu violência em decorrência do gênero feminino.

Mas então, como será a aplicabilidade da Lei do Feminicídio às mulheres transexuais?

Para que a aplicação seja admitida de forma legal no Processo Penal é possível a aplicação da interpretação extensiva, ou seja, ao aplicar a mesma, deve-se ampliar o alcance ou a abrangência das normas para incluir situações não explicitamente mencionadas, mas que possam ser consideradas dentro da propositura da lei. Além disso, Maria Luisa Sena, em seu estudo da Aplicabilidade da Lei do Feminicídio às mulheres transexuais à Luz da Teoria Queer, afirma que, Rogério Greco (2015) sustenta que, não obstante ainda se discuta essa possibilidade, tem-se a sua ocorrência quando o intérprete da lei procura adaptá-la ao presente, às atuais necessidades sociais, identificando as transformações da sociedade, bem como as científicas, jurídicas ou morais.

De acordo ainda, com Rogério Greco, existem três posições possíveis para a aplicabilidade do feminicídio às mulheres transexuais, isto é, o psicológico, aquele em que o indivíduo se reconhece, o biológico, sexo em que o sujeito nasce e o jurídico, aquele em que é registrado civilmente. Dessa forma, ainda seguindo o pensamento de Greco, o mesmo acredita que, o critério dominante seria o jurídico, ou seja:

(...) assim, como sugere o autor, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento documento de identidade) em que figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio. (GRECO, 2019)

Atualmente, de acordo com decisões do STJ, é possível mudar o nome e o gênero nos documentos de identificação sem a necessidade de ação judicial ou da realização de cirurgia de transgenitalização, para aqueles maiores de 18 anos de idade. Para os menores de idade, é

necessário a ação judicial, e a presença dos pais ou representantes legais para entrar com a ação na Justiça.

Entretanto, aquelas mulheres transexuais que não mudaram de gênero civilmente, sendo maior ou menor de 18 anos, ficarão desprotegidas legalmente, de acordo com tal pensamento. Como também já citado no estudo, a maioria das mulheres trans vivem em situações deploráveis, em que muitas vezes não é possível a alteração do gênero, além disso, como vão supor em qual momento da vida serão violentadas?

Seguindo essa linha de raciocínio, mesmo a posição jurídica abrangendo ainda mais vítimas e dando maior segurança jurídica, com o intuito de evolução, esse conceito ainda delimita a aplicação do feminicídio, como forma de justificação a segurança jurídica. Uma vez que, no art. 121, §2º B, do Código Penal, discorre que a pena do homicídio contra menor de 14 anos é aumentada, ou seja, o menor de 14 anos que se considera mulher transexual, não estará protegido pela lei de feminicídio, pois precisa passar por um processo judicial para a alteração. O qual, salienta-se mais ainda, a aplicação do critério psicológico, ou seja, aquele em que a pessoa se autodeclara.

Nessa toada, é de grande conhecimento que, o STJ estendeu a proteção da Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, para mulheres transexuais e em um dos milhares de casos decorrentes de vítimas transexuais, em que sofria agressões de seu companheiro, de acordo com o site Migalhas, o relator George Lopes, ao analisar o caso, ressaltou que:

O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. **A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha.** Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. (MIGALHAS, 2018) (grifos nossos)

Ou seja, ressalta-se ainda que, se o indivíduo se autodeclara uma mulher transexual, se todos a reconhecem, a tratam como uma, ela se porta como uma mulher e ainda sofre violências em decorrência disso, não dá pra negar que não seja possível a aplicação do feminicídio nesse caso.

Dessa forma, em que pese haver entendimentos doutrinários e decisões judiciais que determinam que seja necessário que a mulher transexual esteja registrada civilmente para possível aplicabilidade do feminicídio, em decorrência da não desordem judicial. Destaca-se que o Direito está em constante evolução e para que todos estejam protegidos na Lei é necessário

que haja uma interpretação mais abrangente em relação ao assunto, uma vez que da mesma forma que já houve evolução no grupo minoritária, apenas por jurisprudências e doutrinadores, é possível a aplicação da Lei do Femicídio às mulheres transexuais independente do registro civil, de acordo com o estudo deste artigo.

CONCLUSÃO

Conforme o que foi estudado durante o artigo e sobre a pergunta-problema inicial, conclui-se que, é possível a aplicação da Lei do Femicídio às mulheres transexuais baseando-se na interpretação extensiva, o qual é aplicada quando o legislador não abrangeu completamente o objeto de lei, possibilitando a ampliação do seu alcance. Dessa forma, houve êxito diante da pesquisa.

Entretanto, apesar de que existem entendimentos de que a Lei do Femicídio possa ser aplicada somente às mulheres transexuais que sejam registradas civilmente, deixando o restante sem a devida proteção legal, foi abordado neste artigo o estudo aprofundado da Lei nº 13.104/15 correlacionando a identidade de gênero e explicando o texto legal da citada norma.

É de suma importância o entendimento acerca da diversidade de gênero, dado que toda a problemática abordada no presente artigo se dá em relação a esta temática. Sendo assim, a identidade de gênero ocorre pela forma que o indivíduo se identifica ser, sendo homem ou mulher, o qual interfere diretamente no modo de viver do sujeito. Uma vez que, as posturas dos gêneros masculino e feminino são opostas.

Outrossim, a relação do estudo do gênero com a Lei do Femicídio se dá pelo motivo que, o crime acontece apenas se houver o homicídio em que a vítima seja mulher e em razão do sexo feminino, posto isso, em relação a qualificadora, considera tanto o ponto de vista legal quanto o doutrinário, que se refere a prática de violência de gênero originada em um discurso que menospreza a condição feminina, ou seja, aquela que independente do órgão genital, é uma mulher, o qual buscam exercer controle sobre o corpo das mesmas, de maneira abrangente.

Seguindo esta linha de raciocínio, a evolução perante as mulheres transexuais é notória, portanto, o grupo minoritário necessita de políticas públicas que as auxiliem a ingressar da maneira mais natural possível, tanto na sociedade, quanto no mercado de trabalho, já que a maioria usa a prostituição como forma de se sustentar, ferindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dessa forma, cabe ao Estado criar programas de saúde, física e psicológica focadas nesse grupo vulnerável, além de incluí-las no mercado de trabalho de forma gradual e

ainda, no ponto de vista da pesquisa, focar na educação, como deve-se respeitar todas as classes e na diversidade de gênero existente, pois não há como negar a evolução natural dos pensamentos e do ser humano. Uma vez que, é inviável vendar os olhos perante esta situação, visto que envolve completamente a saúde pública.

Outrossim, de acordo com Rogério Greco e outros autores, a possível aplicabilidade do Femicídio às mulheres transexuais, só é possível quando a vítima é registrada civilmente como uma mulher, com o preceito de não ferir a ordem judicial, portanto no âmbito social, ainda ficarão desprotegidas aquelas que não contem o registro, limitando a aplicabilidade da lei.

Destarte, analisando a posição psicológica correlacionando com o estudo da identidade de gênero, a Lei do Femicídio e a interpretação extensiva, em atenção que, não há que se falar de analogia neste caso e principalmente de analogia *in malam partem*, que é aquela prejudicial ao réu, ou seja, é completamente possível a aplicabilidade da Lei do Femicídio às mulheres transexuais que não tem o registro civil, em razão da interpretação extensiva e da forma em que a mulher trans se porta perante a sociedade.

É de grande relevância que o direito acompanhe a evolução da sociedade, dos gêneros e dos pensamentos da população, visando proteger um grupo maior de pessoas com direitos e deveres. Uma vez que, já é expressamente possível a aplicabilidade do feminicídio às mulheres transexuais.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileira em 2020. Antra, 2021. Disponível em: ><https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf><. Acesso em: 23 de nov. de 2023

BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. Universidade federal do Rio Grande do Norte. Estudos Feministas, Florianópolis, maio-agosto/2011. Disponível em: ><file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/21485-Texto%20do%20Artigo-68548-1-10-20111024.pdf><. Acesso em: 01 de nov. de 2023.

BITENCOURT, Cezar. Homicídio discriminatório por razões de gênero. 2015. Disponível em: ><https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/37-homicidio-discriminatorio-por-razoes-de-genero><. Acesso em: 27 de set. de 2023

BRASIL. Lei Maria da Penha protege transexual que não realizou cirurgia de mudança de sexo. Migalhas. 13 de maio de 2018. Disponível em: ><https://www.migalhas.com.br/quentes/279860/lei-maria-da-penha-protege-transexual-que-nao-realizou-cirurgia-de-mudanca-de-sexo>< acesso em: 23 de nov. de 2023

Brasil. Superior RIBUNAL DE JUSTIÇA . Sexta Turma estendeu proteção da Lei Maria da Penha para mulheres trans. STJ, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Sexta-Turma-estendeu->

[protecao-da-Lei-Maria-da-Penha-para-mulheres-](#)

trans.aspx#:~:text=Sexta%20Turma%20estendeu%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei%20Maria%20da%20Penha%20para%20mulheres%20trans&text=No%20primeiro%20semestre%20de%202022,ou%20familiar%20contra%20mulheres%20trans%C3%AAnero. Acesso em: 22 nov. 2023.

CANÉ, Flávia Isis Fortunato. Transgêneros: A busca pela igualdade formal e material no direito brasileiro.

Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/transgeneros-busca-pela-igualdade-formalmaterial-no-direito-brasileiro.htm>. Acesso em: 08 de nov. de 2023.

COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar nome sem cirurgia. Consultor Jurídico.

15 de agosto de 2018. Disponível em: > <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia><. Acesso em: 06 de nov. de 2023.

COELHO, Renata. A EVOLUÇÃO JURÍDICA DA CIDADANIA DA MULHER BRASILEIRA – breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o Código Eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina Viana. Ministério Público Federal. Disponível em:

>https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf<. Acesso em: 08 de nov. de 2023

COSTA, Welington Oliveira de Souza dos Anjos; SILVEIRA Vladimir Oliveira da. “Viver e não ter a vergonha de ser feliz” – Identidade transexual frente à proteção jurídica da felicidade. In XXVI Congresso Nacional do Conpedi São Luís. Maranhão, 2017, p. 155- 170.

COSTA, Fabrício Veiga. Política pública de saúde coletiva de mulheres e homens trans. 1. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022

CUNHA, Marina Luz Martínez da. Questões de gênero: transexualidade e o processo transexualizador ofertado pelo sistema único de saúde no Brasil. CONPEDI, p. 291-311, 2018.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Femicídio: uma carta marcada pelo gênero. Enciclopédia Jurídica da PUSP, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/437/edicao-1/femicidio-uma-carta-marcada-pelo-genero>. Acesso em: 24 de out. de 2023

FRANÇA, Samara Carina Albuquerque. Abordagem conceitual e tipológica do feminicídio. Consultor Jurídico.

21 de outubro de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/albuquerque-abordagem-conceitual-tipologica-femicidio#author>>. Acesso em: 19 de set. de 2023

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa/Rogério Greco – 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

OLIVEIRA, Ana Maria. Femicídio: leis e penas rigorosas não bastam. Revista Metáfora (Memória FCA): profa. Daniela Serra, 2017/2018. Disponível em: <https://blogfca.pucminas.br/colab/femicidio/>. Acesso em: 26 de set. de 2023.

PEREIRA, F. Q., & Costa Gomes, J. M. (2017). POBREZA E GÊNERO: A MARGINALIZAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS PELO DIREITO. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 22(2), 210–224. Disponível em: ><https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v22i2800><. Acesso em: 01 de nov. de 2023.

PINHEIRO, Cicera Luziana Morais. Você sabe o que é binarismo de gênero? Click Museus; 28 de fevereiro de 2021. Disponível em: ><https://clickmuseus.com.br/voce-sabe-o-que-e-binarismo-de-genero/><. Acesso em: 24 de out. de 2023.

PISSURNO, Fernanda Paixão. [s.d.] Caça às Bruxas. Disponível em:

><https://www.infoescola.com/historia/caca-as-bruxas/><. Acesso em: 27 de set. de 2023

PORCHAT, Patrícia. Psicanálise e transexualismo: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler. Curitiba: Juruá, 2014.

RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana (Orgs.). *Femicide: the politics of woman killing*. New York: Twayne Publishers, 1992.

SANTOS, Alessandra Moreira dos. *Direitos da mulher: evolução lenta e gradual*. Revista Eletrônica OABRJ. Disponível em: ><https://revistaeletronica.oabrij.org.br/wp-content/uploads/2018/03/DIREITOS-DA-MULHER-EVOLUCAO-LENTA-E-GRADUAL.pdf><. Acesso em: 08 de novembro de 2023

SENA, Maria Luísa Machado Dantas de. *A aplicabilidade da Lei do Femicídio às mulheres trans à luz da teoria queer*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: ><http://www.editorafi.org><. Acesso em: 01 de nov. de 2023.

SILVA, Sergio Gomes da. *Preconceito e discriminação: as bases da violência contra*. Scielo. 2011. Disponível em: ><https://www.scielo.br/j/pcp/a/rzhdT5gCxp8sfQm4kzWZCw/><. Acesso em: 08 de nov. de 2023

SANTOS, Carolina Fernandes dos. *Criminologia feminista*. In.: FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). *Dicionário Criminológico*. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/criminologia-feminista/34>. ISBN 978-85-92712-50-1. Acesso em: 08 de nov. de 2023.

VILAS BOAS, Francisco. *Pena: uma breve história de violência*. Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, 2023.

VILAS BOAS, Francisco. *Bases para uma teoria antropocêntrica de Direito Penal*. Editora Trevo, São Paulo, 2022.

VILAS BOAS, Francisco. MOREIRA, Andréa. *Projeto Por Elas*. FAPAM, Pará de Minas, 2022.

AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: UMA ANÁLISE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA ADI 5941/DF

Camila Alves Pereira ¹
Heloíse Oliveira Leite ²
Clenderson Rodrigues da Cruz ³

RESUMO

O legislador, no processo de criação do CPC, objetivando aumentar a efetividade do processo judicial e das decisões dele oriundas, criou o instituto das medidas executivas atípicas. Entretanto, parcela da doutrina e da sociedade criticaram o referido instituto na medida em que a partir de uma execução por quantia certa, por exemplo, poderia o juiz estabelecer uma medida que ultrapasse a seara patrimonial e alcance a esfera dos direitos individuais e de personalidade, o que poderia ser considerado inconstitucional. Diante dessas questões, o presente artigo tem como objeto responder a questão se seriam as medidas executivas atípicas inconstitucionais. A hipótese é de que as medidas executivas atípicas não são inconstitucionais desde que observados com rigor em sua utilização as garantias constitucionais do processo. A pesquisa terá como base a ADI 5941 ajuizada pelo partido dos trabalhadores e julgada improcedente em 09/02/2023.

Palavras-chaves: Medidas executivas atípicas. Constitucionalidade. Garantias constitucionais do processo.

INTRODUÇÃO

A busca de um sistema processual capaz de reconhecer e efetivar os direitos da sociedade encontra-se como um dos parâmetros de criação do CPC, inclusive é o que encontra taxativamente expresso na exposição de motivos do código. A partir de tal premissa, é possível perceber o esforço do legislador em criar medidas processuais que pudessem contribuir com a missão escolhida

Com efeito, pode-se afirmar que a ausência de efetividade do processo a partir do não cumprimento das decisões judiciais é uma realidade, sobretudo no momento de sua execução ou cumprimento. Essa constatação motivou o legislador a criar as medidas executivas atípicas, que se traduz em uma série de medidas que o Juiz pode lançar mão no curso do processo para induzir ao cumprimento de decisões.

¹ Bacharelada em Direito - FAPAM

² Bacharelada em Direito - FAPAM

³ Doutor em Direito Processual pela PUC Minas. Professor da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

Ocorre que uma das características principais do novo instituto é sua atipicidade, permitindo que o juiz, usando de sua criatividade, estabeleça medidas que, em mais das vezes, se traduzem em restrições de direitos, como por exemplo, a suspensão de passaporte, a suspensão de CNH, entre outras restrições que passaram a ser comuns para induzir ao cumprimento das decisões.

No entanto, parcela da sociedade se ressurgiu em face das referidas medidas atípicas, sob o argumento de que sendo elas restrições de direitos, poderiam configurar ofensa a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, levando-as a inconstitucionalidade. Essa constatação inclusive levou o Partido dos Trabalhadores a ajuizarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 5941, na qual requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 139, IV do CPC, além da supressão de referência em vários outros dispositivos do Código.

Diante dessas constatações, o presente artigo tem como objeto analisar o problema acima exposto, ou seja, seriam as medidas executivas atípicas inconstitucionais? A hipótese inicial é que elas não seriam *de per se* inconstitucionais, desde que interpretadas e utilizadas nos limites das garantias constitucionais do processo.

Com efeito, estabelecendo um corte epistemológico, a pesquisa ficará centrada principalmente em analisar a constitucionalidade das medidas a partir da questionável discricionariedade para impor as medidas atípicas, e terá como objeto de análise a ADI 5941, já citada acima. A pesquisa se desenvolverá por meio de revisão bibliográfica e análise da jurisprudência e precedentes sobre o tema.

1 AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

É de se reconhecer que um dos grandes problemas enfrentados na seara processual na contemporaneidade é o aumento exponencial da litigância. A taxa de congestionamento de processos nos Tribunais não cessa, ao contrário, dá indícios de crescimento. Dentre os grandes culpados por tal situação, pode-se destacar a ausência de efetividade das medidas judiciais, que apesar de determinadas, carecem de efetivação.

Com efeito, atento a essa questão, o legislador criou uma importante ferramenta para aumentar a efetividade da decisão judicial. Trata-se das medidas executivas atípicas dispostas no inciso IV do art. 139 do CPC.

As medidas executivas atípicas diferem-se das medidas executivas típicas exatamente por sua atipicidade, permitindo que em conjunto as partes e o juiz construam medidas que venham a compelir as partes a cumprirem uma determinada ordem judicial.

Parece, a princípio, uma mudança simplória, mas essa extensão da atipicidade altera substancialmente a estrutura do processo civil, pois amplifica a flexibilização na definição de atos executórios a níveis nunca antes registrados. Nesse contexto, não há como definir no período inicial de vigência do novo CPC qual será o real impacto da mudança ou, sequer, se ela será positiva ou negativa. Se utilizada com respeito a critérios objetivos que resguardem os princípios constitucionais atinentes ao devido processo legal, a valorização do princípio da atipicidade dos meios executórios tem uma predisposição a impulsionar a efetividade da prestação jurisdicional, suplantando embaraços atualmente vivenciados nas demandas executórias mais complexas. (ARAGÃO, 2023)

Por certo, a utilização de tais medidas reclama fundamentação adequada e moderação em sua utilização. Como revela Zaneti Junior: “A aplicação do art. 139, IV, CPC ao procedimento típico relativiza, flexibiliza a execução, tornando-a mais efetiva, porém deve contar com a justificativa adequada” (ZANETI JUNIOR, 2023)

É importante destacar que o dispositivo em comento é extremamente aberto, permitindo várias formas de sua utilização, o que reclama do operador consciência em sua utilização. Como bem esclarece Zaneti Junior (2023):

Quanto ao artigo 139, IV, como se trata de texto normativo redigido como cláusula geral, composta por conceitos jurídicos indeterminados, com critérios abertos, a dificuldade doutrinária e dos tribunais consistirá em densificar esses critérios de forma racional, mediante construções dogmáticas e através de precedentes sólidos que permitam a universalização das exceções ao procedimento de expropriação, especialmente no que diz respeito a execução para pagamento por quantia certa decorrente de título executivo extrajudicial.

Relevante ressaltar que desde a vigência do Código de Processo Civil coube a doutrina e os Tribunais moldarem requisitos para o deferimento das medidas executivas atípicas. A partir do julgamento do REsp 1.864.190, pode se estabelecer três requisitos básicos para a concessão da medida executiva atípica: indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável (possibilidade efetiva de cumprimento da decisão); caráter subsidiário; decisão fundamentada com observância ao contraditório e proporcionalidade:

A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade (STJ, REsp 1.864.190/SP, Terceira Turma, DJe 19/6/2020).

Por outro lado, é importante destacar, até mesmo a luz dos requisitos acima, que as medidas executivas atípicas não se confundem com medidas punitivas. As medidas possuem caráter indutivo, ou seja, buscam, a partir das restrições por elas impostas, motivar que o devedor cumpra a decisão judicial.

Neste sentido o REsp 1.696.396:

Ao paciente que pretende a retomada de seu passaporte apreendido como medida coercitiva atípica, impõe-se o ônus de provar a inexistência de esgotamento das medidas executivas típicas, de índole essencialmente patrimoniais e expropriatórias, bem como que a medida coercitiva atípica deferida seria inútil, ineficaz, desnecessária ou se revestiria de mera penalidade pelo inadimplemento da obrigação. [...] 6- As medidas coercitivas atípicas não modificam a natureza patrimonial da execução, mas, ao revés, servem apenas para causar ao devedor determinados incômodos pessoais que o convençam ser mais vantajoso adimplir a obrigação do que sofrer as referidas restrições impostas pelo juiz, de modo que a retenção do passaporte do devedor deve perdurar pelo tempo necessário para que se verifique, na prática, a efetividade da medida e a sua capacidade de dobrar a renitência do devedor, sobretudo quando existente indícios de ocultação de patrimônio. RECURSO ESPECIAL Nº 1.696.396 - MT

Todavia, a constante preocupação da doutrina e dos Tribunais em desenvolver técnicas para a utilização das medidas coercitivas não foi suficiente para evitar uma série de críticas, sobretudo aquelas que cogitam a sua possível inconstitucionalidade. Isso porque as referidas medidas, em algumas situações, têm caráter restritivo de direitos, podendo citar como exemplo: a apreensão de passaporte, suspensão de CNH, suspensão do cartão de crédito, entre outras. Ao lado desse caráter restritivo, ainda teria a crítica de que as medidas coercitivas atribuiriam um poder excessivo ao juiz, praticamente, ilimitado, na medida em que não há tipicidades dos meios de sua aplicação.

Diante dessas críticas, à luz do julgamento do RExt caráter das medidas é Portanto, as medidas executivas atípicas se baseiam no estado de necessidade da situação, uma vez que todos as outras medidas típicas foram frustradas em sua eficácia, sendo necessária a adoção de meios coercitivos que visam a maior assertividade executiva.

Medidas executivas atípicas: inconstitucionais?

O artigo 139, IV do CPC esclarece que o juiz poderá valer-se de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Nada obstante, essas medidas geralmente impõem medidas restritivas ao exercício de direitos, ainda que parcialmente. São exemplos de medidas executivas atípicas: a suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH), dos direitos políticos e do exercício da profissão, a apreensão de passaporte, o bloqueio de cartões de crédito, a proibição de participação em licitações, em concurso público, de contratar novos funcionários etc.

Com efeito, o caráter restritivo dessas medidas tem motivado alguns autores a considerarem-nas inconstitucionais, ao argumento de que elas violam o direito à liberdade de locomoção, direito a livre iniciativa, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outras disposições constitucionais.

Sob tais fundamentos o Partido dos Trabalhadores ajuizou a Ação de Direta de Inconstitucionalidade n. 5941. Em resumo, conforme relatório do Acórdão, assim se pronunciou o Partido dos Trabalhadores:

No mérito, em síntese, alegou que a permissão do atual Código de Processo Civil para que os juízes determinem a prática de atos executivos atípicos não pode dar azo à adoção de técnicas de execução indireta consubstanciadas na suspensão do direito de dirigir, apreensão de carteira nacional de habilitação ou de passaporte, além da proibição de participação em concurso ou licitação públicos para o executado, sob pena de ofensa, dentre outros, ao direito de liberdade de locomoção e à dignidade da pessoa humana. Argumentou que o cerne dos procedimentos executórios é eminentemente patrimonial, não se confundindo com os direitos de liberdade das partes neles envolvidas. Consequentemente, potenciais interferências no direito de locomoção ou na liberdade contratual e na autonomia privada do devedor consubstanciarão odioso retrocesso, incompatível com a Carta Maior. Afirmou, nessa linha, que “a adoção de técnica de execução indireta para incursão radical na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, quando carente de respaldo constitucional, não merece acolhimento, sob o risco de encerrar restrição desproporcional, na medida em que não se justifica em defesa de nenhum outro direito fundamental, e de atentar contra o devido processo legal, inserto no artigo 5º, LIV, da Constituição”.

Como verificado acima, a pretensão do Partido dos Trabalhadores almeja que seja reconhecida a inconstitucionalidade do artigo, na medida que admitir a constitucionalidade das medidas coercitivas atípicas, como a suspensão de CNH e apreensão de passaporte, limitaria, dentre outros, o direito de locomoção dos indivíduos, além de excluir e reprimir os devedores, fazendo com que a dívida ultrapasse o patrimônio do devedor e afete a sua integridade moral.

Argumenta, o Partido dos Trabalhadores que: “Se o artigo 139, inciso IV, da lei processual, veicula a chamada atipicidade dos atos executivos, mirando maior efetividade, é certo que da leitura daquela norma devem naturalmente ser excluídos atos executivos que afrontem a Constituição Federal”. (STF, 2023).

Relevante dizer que o Código de Processo Civil (2015) é claro em seus princípios norteadores, e, no que diz respeito ao presente artigo, a **execução civil** é fundamentada em preceitos básicos que regem toda execução, sendo considerada inválida e frustrada as que não se baseiam no princípio da utilidade e **menor onerosidade**, do desfecho único, da disponibilidade, do contraditório, da lealdade e boa-fé processual e principalmente **da dignidade da pessoa humana**.

Dito isso, cabe destacar que o processo de execução, em nenhuma hipótese, pode ser utilizado como meio de vingança privada, devendo o ordenamento jurídico garantir que o executado não sofra violações durante o curso do devido processo legal.

Retomando a argumentação do Partido dos Trabalhadores, a alegação de mérito versa sobre a legalidade do disposto no artigo supracitado, mencionando que o artigo padece de vício de inconstitucionalidade, uma vez que apresenta enorme retrocesso as práticas jurídicas, visto que a proibição de participar de concursos públicos, a apreensão de CNH e demais medidas atípicas, retiram do devedor a oportunidade de garantir a satisfação do crédito de maneira menos onerosa.

Exemplificativamente, o autor da ADI menciona que o Código de Processo Civil disponibiliza ao credor um leque vasto de outras opções de medidas executivas, como por exemplo, a penhora, a constrição judicial de bens e tantas outras que se esgotam as maneiras de adimplência, sendo que, caso as mesmas não sejam suficientes para garantir a satisfação do crédito, a execução deverá ser considerada frustrada, não sendo permitido no ordenamento jurídico que a dívida perpassse o patrimônio do executado e afete a pessoa do mesmo, como ocorre nas restrições de perda de CNH, limitação de participação em concurso público, licitação e apreensão de passaporte.

Em resumo, alega o autor da ADI que não é válido o sacrifício dos direitos fundamentais expressos na Carta Magna, a fim de alcançar o cumprimento das decisões judiciais em fase satisfativa.

Contudo, parece apressada a conclusão de que as medidas executivas atípicas padeceriam de vício de inconstitucionalidade, haja vista que é possível compatibilizá-las com o ordenamento jurídico e garantir a vigência dos direitos fundamentais, desde que, para isso, sejam observadas as garantias constitucionais do processo.

No processo tópico, buscar-se-á examinar os argumentos pela constitucionalidade das medidas executivas atípicas, para ao final ser possível responder a pergunta problema do presente artigo, qual seja, seriam as medidas executivas constitucionais?

O julgamento da ADI 5941/DF: constitucionalidade das medidas executivas atípicas:

Em primeiro momento, cabe destacar o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade das medidas executivas atípicas previstas no artigo 139 do Código de Processo Civil. Em conclusão, assim pontuou o Relator Ministro Luiz Fux⁴:

In casu, não se pode concluir pela inconstitucionalidade de toda e qualquer hipótese de aplicação dos meios atípicos indicados na inicial, mercê de este entendimento, levado ao extremo, rechaçar quaisquer espaços de discricionariedade judicial e inviabilizar, inclusive, o exercício da jurisdição, enquanto atividade eminentemente criativa que é. Inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional. (ADI 5941/DF)

Contudo, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter decidido pela constitucionalidade não retira desse artigo a possibilidade de concluir, ao contrário da hipótese inicial, de que as medidas executivas atípicas se revelam inconstitucional. Dessa feita, passa-se a analisar os principais pontos da decisão a fim de aferir se confirma-se ou não a hipótese inicial.

Inicialmente, cumpre destacar que a Presidência da República, o Congresso Nacional e o Advocacia Geral da União manifestaram-se, em comum, no sentido da constitucionalidade do art. 139, IV bem como redução de texto dos demais dispositivos citados na ADI 5941. A AGU se manifestou da seguinte forma nos autos (doc. 33, da ADI 5941):

[...] A autorização legal para a imposição de medidas coercitivas atípicas pelo magistrado contribui para a efetividade do processo judicial. As referidas medidas devem respeito à proporcionalidade e às garantias fundamentais asseguradas pelo texto constitucional. A verificação somente pode ser feita no caso concreto, revelando-se descabida a conclusão, em abstrato, no sentido de sua invalidade. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados pelo requerente. (ADI 5941/DF)

Como se vê, o entendimento da AGU é que não se pode considerar inconstitucional as medidas executivas atípicas em abstrato, ou seja, sem a analisar a medida imposta em concreto. Contudo, estabelece, como parâmetro, que as medidas executivas atípicas devem respeito à proporcionalidade e as garantias fundamentais do texto constitucional.

Em sentido diverso, no entanto, manifestou-se a Procuradoria Geral da República. Destaca-se os seguintes pontos da ementa do parecer da Procuradoria:

[...] 4. O conjunto de liberdades fundamentais – de contratar, escolher profissão, ir e vir, prestar e usufruir de serviços – não podem ser sacrificadas para coagir ou constranger o devedor de prestação pecuniária. 5. Mesmo com a autorização legislativa presente na cláusula geral que possibilita a fixação de medidas atípicas para cumprimento da sentença, o juiz não é livre para restringir mais direitos que o

⁴ Relevante destacar que o Ministro Luiz Fux foi um dos integrantes da comissão de jurista que elaborou o CPC, ocupando o cargo de Presidente da Comissão, e é ele um dos juristas que assina a exposição de seus motivos. O Código de Processo Civil é conhecido como “Código Fux”.

legislador. Ampla discricionariade judicial, nessa temática, ameaça o princípio democrático. [...] ADI 5941/DF

Pois bem, em análise do parecer da PGR pode-se extrair argumentos importantes e que merecem ser analisados. O primeiro deles é a tese de que o conjunto de liberdades fundamentais, atrelados aos direitos humanos de primeira dimensão, não poderia ser “sacrificados” para coagir o devedor a cumprir uma obrigação pecuniária. De mais a mais, a PGR afirma, então, que direitos de personalidade não podem ser restringidos a bem de cumprimento de direitos patrimoniais.

Considerando que um dos pressupostos estabelecidos pelo STJ para aplicação das medidas executivas atípicas é a presunção de que a obrigação descumprida tenha o potencial de ser cumprida, não se pode dizer que os direitos de personalidade seriam realmente sacrificados. Na verdade, serão relativizados até que se cumpra a medida. Ou seja, para que cesse a restrição, basta que o devedor cumpra a medida. Portanto, tal argumento não induzira a inconstitucionalidade da medida.

Por outro lado, o segundo argumento seria que o juiz não estaria autorizado a restringir mais direitos do que o legislador. Sobre este argumento é de se afirmar que o juiz, neste caso, não ultrapassa o legislador, haja vista que o próprio legislador autorizou que o poder judiciário assim haja. Seja porque previu a existências das medidas executivas atípicas, seja porque todas as medidas que são citadas como exemplo já se encontram previstas como medidas administrativas. Nesse sentido, cita-se parte do voto do Ministro Alexandre de Moraes:

De modo a findar o voto do ministro Nunes Marques, o ministro Alexandre de Moraes complementa a seguinte máxima:

Todas as medidas - uma outra questão que me parece importante levantar novamente -, se nós pegarmos todas as medidas restritivas de direito que foram citadas da tribuna, que foram citadas na inicial da ação direta, que foram colocadas pelo eminente Ministro-Relator, individualmente, se analisarmos cada uma dessas medidas, elas são inconstitucionais ou cada uma é inconstitucional? Não, porque várias leis preveem essa possibilidade. Então, a medida em si não tem nada de inconstitucional. A suspensão de carteira de habilitação é inconstitucional per se? O Código de Trânsito Brasileiro prevê administrativamente isso. A proibição de participar de licitação, analisada essa medida restritiva de direito, é inconstitucional? Não! A Lei de Improbidade prevê. Então, nenhuma das medidas citadas como exemplo de eventuais abusos, nenhuma delas é inconstitucional. A famosa suspensão de passaporte. Não, existe uma lei estipulando até qual o procedimento para isso. Então, as medidas restritivas de direito são constitucionais. (ADI 5942/DF)

Em reforço: são medidas excepcionais, concedidas para durarem apenas o tempo necessário, e somente são deferidas caso ela possa efetivamente ser um catalisador do cumprimento da decisão.

Ultrapassado os pareceres, o Relator Ministro Luiz Fux carrega em seu voto importante consideração sobre a necessidade de que o ordenamento disponha de remédios jurídicos aptos a fazer cessar sua violação:

Basta uma leitura perfunctória do texto constitucional para constatar que ele, em toda a sua extensão, encampou o entendimento segundo o qual o Estado Democrático de Direito demanda, para a sua plena realização, a disponibilidade de remédios jurídicos aptos a fazer frente a eventuais violações à ordem jurídico-constitucional. Nessa linha, foram alçadas à condição de cláusula pétrea as garantias da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do acesso à justiça (5º, XXXVI), e da proteção da coisa julgada (5º, XXXVI). (ADI 5941/DF)

Para o Relator, o primeiro argumento pela constitucionalidade das medidas executivas atípicas estaria exatamente na própria necessidade de cumprimento da ordem jurídico-constitucional, na medida em que o não cumprimento de decisões configuraria odiosa afronta à própria Constituição. Como exemplo, poderia se considerar se seria excesso ou mesmo restrição de direitos, no caso concreto, suspender o passaporte de um Devedor de uma obrigação de indenizar de cunho alimentar reconhecida em juízo e garantido o devido processo legal, o impedindo de viajar a passeio para o exterior.

Outro argumento importante trazido pelo Relator Ministro Luiz Fux e que merece atenção seria o de que o Acesso à justiça não se encerra com o simples direito de ação, mas sim com a efetividade da jurisdição, esta entendida como a entrega do bem da vida jurídico. De fato, não adianta permitir a sociedade o acesso à jurisdição, se o reconhecimento de direitos não redundar na efetivação da proteção destes direitos, o que só se dá com o cumprimento efetivo das decisões. Nas palavras do Relator: “Em síntese: a efetiva solução do conflito, com a respectiva satisfação da pretensão do credor, é inerente à ideia de acesso à justiça e aproveita não apenas o “vencedor” de uma ação específica, mas todo o sistema jurisdicional.”

Outro ponto importante a ser considerado reside no fato de que ao admitir a constitucionalidade das medidas executivas atípicas, não se oferece ao juiz uma *carta branca* para agir discricionariamente. Em verdade, a aplicação das medidas executivas atípicas condiciona-se exatamente ao próprio ordenamento jurídico-constitucional:

A amplitude semântica das cláusulas gerais permite ao intérprete/aplicador maior liberdade na concretização da *fattispecie* – o que, evidentemente, não o isenta do dever de motivação e de observar os direitos fundamentais e as demais normas do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proporcionalidade.

Portanto, é condição *sine qua non* para a aplicação das medidas executivas atípicas que sejam rigorosamente observados as disposições do ordenamento jurídico constitucional, sobretudo as garantias constitucionais do processo. Ou seja, as medidas devem ser deferidas como medida excepcional, mediante a condição de efetivamente ter o potencial de levar o cumprimento da decisão, em um ambiente que observe o devido processo legal.

Aliás, como bem acrescentou, o voto do ministro Nunes Marques, a constitucionalidade da medida não impede que no caso concreto haja o controle das decisões, inclusive de sua constitucionalidade. Veja:

Não excludo a possibilidade de que, em certos casos, essas medidas sejam desarrazoadas. No entanto, não me parece que elas devam ser excluídas abstratamente do rol das medidas indutivas passíveis de adoção pelo juiz. Caberá, em cada caso, às instâncias recursais revisar as providências tomadas, estabelecer condições para a sua adoção, limitar o seu uso – e nisso o interessado terá o devido processo legal que o autor da presente ação ora reclama.” (ADI 5941)

Portanto, verifica-se que andou bem a Suprema Corte em considerar as medidas coercitivas atípicas presentes no artigo 139, IV do Código de Processo Civil constitucionais, confirmando a hipótese inicial deste artigo. É de se destacar que as medidas, embora constitucionais, submetem-se, com rigor, a aplicação como medida excepcional, por meio de decisão fundamentada, em processo submetido ao devido processo constitucional, com proporcionalidade e potencialidade para induzir o cumprimento das decisões judiciais, e isso sem excluir a possibilidade de controle de sua legalidade / constitucionalidade caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objeto, a partir da análise da ADI 5941/DF, analisar a constitucionalidade das medidas executivas atípicas. Para além da procedência da ADI, buscou-se testificar os argumentos contrários e a favor da constitucionalidade dessas medidas.

Pode se perceber que os principais argumentos em contrário se concentram na possível afronta a direitos individuais dos devedores quando da imposição de direitos a fim de induzi-los ao cumprimento das medidas judiciais. Por outro lado, em defesa da constitucionalidade, diz sobre a submissão das medidas ao devido processo legal constitucional, e a necessidade de cumprimento das decisões como forma de garantia da ordem constitucional.

Em conclusão, confirmou-se a hipótese inicial, pela constitucionalidade das medidas executivas atípicas, desde que observados, com rigor, o devido processo legal constitucional.

BIBLIOGRAFIAS

MARINONI, Luiz; MIYIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio. **Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo (SP): Editoria Revista dos Tribunais. 2021.

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

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.696.396, Origem: SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 19/12/2020

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.864.190, Origem:SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 19/6/2020

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Número Único: 0070735-42.2018.1.00.0000, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Origem: DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: MIN. LUIZ FUX

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL COMO MEIO EXECUTÓRIO ATÍPICO. *In Medidas Executivas Atípicas*. TALAMINI, Eduardo; MINANI, Marcos Youji. **Jus Podivm: Salvador, 2023**.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O CONTROLE INTERSUBJETIVO DA DECISÃO QUE ADOTA MEIOS ATÍPICOS: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. *In Medidas Executivas Atípicas*. TALAMINI, Eduardo; MINANI, Marcos Youji. **Jus Podivm: Salvador, 2023**.

LIMITES À ATUAÇÃO CRIATIVA DO JUIZ: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 À LUZ DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DE ESTADO

Clenderson Rodriguez Da Cruz¹
David Henrique Teixeira e Silva²
Sávio Henriques Faria³

RESUMO

Este artigo irá analisar de forma crítica a atuação criativa da jurisdição e as suas possíveis consequências, e se tal atuação poderia afrontar a tripartição das funções de Estado, à luz da teoria de Montesquieu. Para isso, será analisado o Recurso Extraordinário n. 635.659 que analisa a possível inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, e se confirmando a inconstitucionalidade, ensaia estabelecer critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante, no caso específico da maconha. Vale ressaltar que este artigo não tem o objetivo de discutir a liberação e posse de drogas para o consumo, mas sim debater se cabe à Suprema Corte fazê-lo. Como hipótese acredita-se que na sociedade contemporânea é essencial que a Jurisdição atue na via de implementação de direitos, contudo, para tanto, não pode criar direitos, mas sim interpretar e garantir os direitos constitucionalmente previstos. Para isso, iniciamos o desenvolvimento com uma análise sobre a tripartição das funções de Estado proposta por Montesquieu, passando para a discussão da atuação criativa do juiz, tendo como marco teórico os escritos de Lenio Streck e de Judith Martins Costa. A metodologia utilizada foi a revisão doutrinária e jurisprudencial por meio da qual chegamos à nossa conclusão.

Palavras-chave: STF. Drogas. Criatividade do juiz. Ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca em sua essência identificar o limite da linha tênue entre a função judiciária e a legislativa, durante a atuação do juiz, tomando como base o Recurso Extraordinário 635.659. Como se verifica, no Brasil, desde a instauração da República, em 1889, se reconheceu a forma federativa como o nosso sistema de governo, assim trazendo aos dias atuais as três funções (Executivo, Legislativo e Judiciário), e suas competências particulares; a função Executiva, com responsabilidade de realizar ações práticas visando o governo do povo e a administração dos interesses públicos; a função Legislativa, a qual é atribuída a elaboração de leis que regulam o Estado, a conduta dos cidadãos e organizações

¹ Doutor em Direito Processual pela PUC Minas. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

² Bacharelado em Direito.

³ Bacharelado em Direito.

públicas e privadas; e a função Judiciária, a qual possui como função precípua a aplicação da lei.

Nada obstante, mesmo com o esquadramento de um sistema político para orientar e regular as relações em sociedade, nos deparamos com o crescimento exponencial dos conflitos sociais, que se originam, invariavelmente, da constante evolução da sociedade e de seus consequentes desafios. De tal sorte, por consequência da mora legislativa e da urgência no tratamento de tais conflitos, verifica-se o judiciário chamando a si a obrigação de solucioná-los, e não raras vezes, atuar de forma criativa a fim acompanhar este quadro evolutivo. Tal atuação tem como base a interpretação da norma constitucional a fim de analisar, ora leis que não mais se compatibilizam com o ordenamento, e ora para estabelecer interpretações extensivas a fim de resguardar direitos constitucionais a partir de um *hard case*.

O problema central em discussão é analisar se há perigos na atuação criativa, ou seja, se a busca de garantir direitos à luz da constituição poderia arvorar-se, em verdade, em atividade legiferativa. Diante desse possível paradoxo, o artigo ambiciona sugerir um limite para função jurisdicional, tentando aclarar a linha tênue entre o que é competência da jurisdição e o que seria competência do legislativo.

Por esta razão, o trabalho versará sobre a origem e conceitos da tripartição das funções e suas características atuais, com esteio na concepção de Montesquieu. Ultrapassando tais bases, buscaremos entender os limites da Jurisdição na interpretação da lei e declaração do direito, assim como entender os limites e obrigações do Legislativos na criação das normas, para de forma assertiva, sugerir o que é a atuação criativa do magistrado durante um processo. Nossos objetos de estudo para chegar a tais conclusões perpassam pela doutrina e jurisprudência, e especificamente, como corte epistemológico, o exame do recurso extraordinário 635.639, a fim de aferir se há abuso, ou não, sob o parâmetro interpretativo, da atuação da Corte Suprema do Brasil.

Para tanto, analisaremos os votos até então proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário número 635.659, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343 de 2006 (Lei de Drogas). Atualmente seis dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal já votaram, tendo sido formada a maioria para se propor um critério quantitativo para diferenciar usuário de traficante, critério esse, que estipula uma quantidade entre 25 e 60 gramas e 6 plantas fêmeas. Para esse fim, discutiremos os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Luiz Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Edson Fachin. Não usaremos os votos da Ministra

Rosa Weber e do Ministro Cristiano Zanin, pois até o presente momento eles não foram publicados⁴.

1 A TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Inicialmente, para entender a tripartição das funções devemos voltar nosso olhar para a história, mais precisamente para o período iluminista. Nesse período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, surgiram diversos filósofos importantes que com suas teorias confrontaram o regime absolutista, dentre estes filósofos destaca-se Charles-Louis de Secondat o barão de Montesquieu. Sua teoria serviu de inspiração para diversos movimentos, como a revolução americana.

Montesquieu é o responsável pela teoria da tripartição das funções como a conhecemos e a aplicamos na contemporaneidade. Nessa lógica o filósofo nos ensina:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 1987, p. 165)

Dessa forma, para Montesquieu o poder deve ser descentralizado não podendo ser exercido por uma só pessoa ou instituição, dividindo-se em três, sendo eles o Legislativo, Executivo e Judiciário. Vale ressaltar, que para a coexistência harmônica entre essas funções deve haver um sistema de freios e contrapesos, a fim de evitar que um se sobreponha ao outro.

Nossa Constituição Federal em seu artigo segundo, confere explicitamente que são as funções da União o Executivo, o Legislativo e o Judiciário e em seu título IV a carta magna explicita a organização, função e atribuições de cada um destes poderes. Nesse contexto, em

⁴ No dia 24 de agosto de 2023 foi proferida a seguinte decisão: “Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (cannabis sativa), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: “I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas – tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas”; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 24.8.2023. ”

seu artigo 76 é definido que a função Executiva é exercida pelo Presidente da República, auxiliado por seus Ministros de Estado, exercendo as funções de chefe de governo e chefe de Estado.

Ao Legislativo, cabe a função de elaborar novas leis, a fim de inovar o ordenamento jurídico, fazendo com que a lei seja o reflexo dos anseios populares. Também é de sua atribuição fiscalizar o Executivo e Judiciário, por meio de suas duas casas (Câmara e Senado). Tendo capacidade para julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros de Estado e os Ministros da Suprema Corte por crimes de responsabilidade.

O Judiciário é a função responsável por resolver os conflitos da sociedade. Cabendo a ele julgar os interesses levados a sua apreciação e interpretar o Direito. Tendo como característica a inércia, em que consiste da necessidade de ser acionado para atuar. O Judiciário é representado por meio de Juízes de Direito, Desembargadores e Ministros de Cortes.

Nessa lógica, as três funções jamais devem se associar, é dever de seus representantes se policiarem para que não haja a invasão das competências de outras funções. Nesse sentido, o presente artigo busca compreender qual é o limite da atuação criativa do Juiz e se, ao agir dessa forma, não ocorre a invasão das competências do Legislativo.

2 ORIGEM E CONCEITO DA ATUAÇÃO CRIATIVA DO JUIZ

Antes de analisarmos o conceito de criatividade do juiz devemos voltar nosso olhar para o positivismo. Nesse sentido, para os positivistas o direito seria o produto do parlamento, ou seja, as leis codificadas; nelas estaria concentrado o direito, não sendo admitido apenas de forma excepcional a analogia e os princípios. Esta corrente de pensamento ficou conhecida como positivismo legalista ou exegético.

Surgido no período positivista normativista, Hans Kelsen propôs que no direito havia um problema semântico, não sintático. No entendimento de Kelsen, essa abertura semântica possibilita a produção de inúmeras normas que se situam no que o autor chama de moldura da norma, isto é, os sentidos possíveis de uma norma jurídica. (CYRINEU, 2019) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001)

Todavia Kelsen um positivista normativista, considerado também o pai do positivismo, jamais imaginaria que tal moldura ganharia contornos tão grandiosos na contemporaneidade, cujo qual emprega normas abertas, ou seja, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. (CYRINEU, 2019)

Pode-se definir a criatividade judicial, ou o ativismo judicial, como expressões que buscam indicar a atitude que é tomada pelo juiz ou a suprema corte em não apenas julgar um tema aos caminhos do texto constitucional, mas sim utilizar seus conhecimentos, convicções e princípios para achar uma melhor solução. Entretanto, certos pensadores, como Ruy Nestor Bastos Mello, veem o ativismo judicial de uma maneira negativa, uma maneira do juiz legislar em vez de simplesmente interpretar a lei.

O ativismo judicial representa um fenômeno da realidade social, jurídica e política de um Estado, verificado em razão da atuação expansiva do Poder Judiciário para além de suas competências regularmente estabelecidas no ordenamento positivo. O seu conceito denota sempre um caráter negativo porque implica a invasão das atribuições dos demais Poderes, não se confundindo, contudo, com a legítima atuação judicial em prol dos direitos fundamentais, desde que atendidos os limites constitucionais da jurisdição. Neste sentido, podemos entender a hermenêutica jurídica, e os diferentes modos. (RUY NESTOR BASTOS MELLO, 2021)

Como destaca Streck, um dos principais desafios atuais do sistema judiciário é decorrente do desejo dos juízes de ultrapassar o texto da lei e impor suas próprias vontades e opiniões. Em suas palavras: “Um juiz ou tribunal pratica ativismo judicial quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados). ” (LÊNIO STRECK, 2011).

Desse modo como destaca Clarrisa Tassinari, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. (CLARRISSA TASSINARI, 2012).

Já outros, consideram que o ativismo judicial é positivo para o ordenamento do país, já que tal ato consegue evoluir as decisões judiciais, juntamente com a evolução dos conflitos sociais, conseguindo assim sentenças mais justas e atuais, levando em contexto as ações que estão em pauta na atualidade. Visto que, a função Legislativa não consegue efetuar a alteração, de forma rápida, destas normas que estão em defasagem. Um retrato de tal ineficiência do Legislativo é a própria criação das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do direito.

Há várias concepções sobre cláusulas gerais. Escolhermos para fins didáticos, o conceito de Judith Martins Costa, uma das autoras que mais contribuiu para a correta sistematização das cláusulas gerais, assim as define:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico. (JUDITH MARTINS COSTA, 1998)

Tendo estas duas concepções, cabe aos olhos dos estudiosos fazerem suas conclusões acerca dos pensamentos e do conceito da atuação criativa, podendo optar pelo conceito de que é um meio de desbalancear, desregular, as funções legislativa e judiciária, ou pelo conceito que entende que é um meio de garantir uma justiça mais correta e rápida para casos atuais.

Em nossa visão, acreditamos que a Jurisdição tem como missão precípua a aplicação do direito. Em certas ocasiões em que há mora do legislador ordinário, ela poderia ser chamada a garantir direitos, que embora estejam previstos na constituição, encontram-se carentes de regulamentação na legislação ou previstos de forma contrária a legislação. Neste cenário, aplicando a constituição que é pródiga e ativista em relação a direitos fundamentais, a jurisdição poderia estar autorizada a atuar.

Como exemplo desta atuação, poderíamos citar o exemplo da ADPF n. 132, na qual o plenário do STF, em maio de 2011, de forma unanime, estabeleceu uma igualdade entre as relações entre pessoas do mesmo gênero e às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo, assim, a união homoafetiva como um núcleo familiar. O foco de discussão centrou-se no art. 1723 que estabelecia um critério sexista como requisito para a união estável, o que não se mostrava em consonância com a Constituição Federal, mormente, os seus arts. 3º, inciso IV e 226.

Importa reconhecer que se tratou de uma atuação criativa, mas que teve como base a interpretação mais adequada e conformada ao nosso tempo da Constituição Federal. Neste caso,

não foi a Corte ativista, mas sim a própria Constituição. Esse, a juízo deste artigo, seria a atuação mais adequada.

3 EXPLORANDO UM CENÁRIO: REExt 635.659

O REExt 635.659, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes tem como objeto o tema 506 que busca analisar a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. O Leading case teve como descrição a seguinte tese: “Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

Vale ressaltar que, o presente trabalho não busca discutir a moralidade ou a imoralidade do consumo de maconha ou outras drogas, mas sim discutir a possível atividade criativa exercida pelos Ministros da Suprema Corte a partir de tal caso.

Inicialmente, apresentaremos o objeto do julgamento, que nas palavras do Ministro Relator Gilmar Mendes:

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que define como crime “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, com sujeição às seguintes penas: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

Prevê a norma impugnada, ainda, que se submete às mesmas medidas “quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.” (art. 28, §1º).

Afirma o recorrente que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sustenta, em síntese, que o dispositivo constitucional em destaque protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não ofensivas a terceiros. Decorreria dessa proteção, portanto, que determinado fato, para que possa ser definido como crime, há de lesionar bens jurídicos alheios. (Voto Min. Gilmar Mendes)

Nesse contexto, podemos iniciar nossa observação, dando sequência no voto do Ministro Gilmar Mendes, já mencionado acima, que entendeu que a Lei 11.343, ou Lei de Drogas, é um dispositivo obsoleto, declarando sua inconstitucionalidade e prevendo a necessidade de criação de legislação mais específica, também propondo meios para mitigar o uso indevido de drogas e dar apoio a rede de atenção a usuários e dependentes. Dessa forma,

podemos entender a seguinte passagem, como seus fundamentos utilizados para proferir seu voto.

Não há como negar que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, fundada no peso e na natureza da droga apreendida, e às vezes até em seu grau de pureza, é medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes.

Todavia, tendo em conta a disparidade dos números observados em cada país, seguramente decorrente do respectivo padrão de consumo, dos objetivos específicos, entre outras variantes, não se pode tomar como referência o modelo adotado por este ou aquele país.

Por isso mostra-se recomendável, no caso do Brasil, ainda sem critérios objetivos distinção entre uso e tráfico, regulamentação nesse sentido, precedida de estudos sobre as peculiaridades locais.

Cabe registrar, por fim, ainda no campo das alternativas à criminalização, que a própria Lei 11.343/2006 contém interessantes diretivas que muito podem contribuir para resultados mais eficazes no combate às drogas, em relação a usuários e dependentes, do que a criminalização da posse para uso pessoal. (GILMAR MENDES)

Nessa linha, cabe aduzir que o Ministro expôs a necessidade de criação de legislação mais específica acerca da quantidade portada de droga, além de mencionar a necessidade de estudos sobre as peculiaridades locais, para assim determinar a quantidade. Demonstrando que ele entende a necessidade de alteração a respeito do texto, mas deixando nas mãos dos legisladores, a função de estudo e determinação da quantidade de drogas para distinção de usuário e traficante, e meios eficazes no combate a drogas.

Outrossim, analisaremos o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006 e propôs como parâmetro objetivo 25 gramas e 6 plantas fêmeas de maconha. Nesse sentido, cabe ressaltar a seguinte passagem de seu voto, onde o magistrado discorreu acerca da interpretação constitucional.

A interpretação constitucional é uma atividade que se desenvolve no largo espectro que vai da proteção dos direitos fundamentais ao pragmatismo jurídico. Os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Vale dizer: eles funcionam como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador. (Voto Ministro Barroso)

Diante disso, ressalta-se que concordamos com o Ministro na questão em que os direitos fundamentais funcionam como limites ao legislador e ao poder constituinte reformador. No entanto, ressalta-se que esses direitos fundamentais também funcionam como limites às funções Judiciária e Executiva. Em outro trecho o Ministro diz - *Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.* - diante disso, é

cabível dizer que ao produzir uma decisão de maneira criativa o juiz deve respeitar os parâmetros constitucionais estabelecidos, a fim de preservar os direitos fundamentais e a harmonia entre os poderes.

Como nos ensina Neil MacCormick, o juiz ao tomar decisões criativas deve ser coerente com decisões anteriores em situações semelhantes e levar em consideração as consequências para o futuro de sua decisão.

Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância de precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado”. (MACCORMICK, 2009, p. 95)

Em seu voto, o Ministro Barroso, expõe que é necessário acabar com a ilegalidade das drogas e regulamentar a produção e distribuição. Desse modo, ele busca solucionar essas duas demandas, para isso propõe a descriminalização e um critério objetivo para regulamentar a diferença entre traficante e usuário. Entretanto, a Suprema Corte cabe julgar a inconstitucionalidade, impondo a função legislativa o cumprimento de seu dever constitucional de criar leis e regulamentar a produção, distribuição e consumo de tais drogas.

Ademais, o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto traz dois argumentos importantes, de grande complexidade, que representam a triste realidade dos usuários e de suas famílias.

De um lado, a afirmação de diversas famílias de que as drogas destruíram seus filhos, parentes, pais e de outro lado que o aumento das prisões por tráfico de drogas a partir da nova lei fortaleceu as facções criminosas, pois acabou por encarcerar uma legião de jovens primários, que levados ao cárcere, sem possuir alta periculosidade, passaram a aderir a essas facções, para garantir sua incolumidade física e mesmo sua própria vida. (Voto Ministro Alexandre de Moraes).

Todavia, justamente por ser uma questão de alta complexidade que paira sobre nossa sociedade, não cabe a corte estabelecer parâmetros objetivos (como está ocorrendo). Logo, o Supremo Tribunal Federal é incompetente para estabelecer medidas discricionárias entre usuário e traficante, sendo de competência do parlamento entender, debater e estabelecer a legislação que regule essa demanda.

Desse modo, Tushnet nos ensina que a Suprema Corte deve atuar de forma complementar ao poder político democrático, sabendo que pode haver divergências entre as escolhas democráticas do povo e constituição, Tushnet chama esse modelo de revisão judicial de forma

fraca. Posto que, em um modelo de revisão judicial de forma forte, como ocorre nos Estados Unidos da América, por exemplo, o poder de interpretar a constituição fica exclusivamente aos cuidados da corte, a qual os membros não são eleitos e ocupam cargos vitalícios. (CRUZ, 2022)

Após a discussão dos outros votos, cabe destacar o voto do Ministro Edson Fachin, que, assim como a maioria, entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343 de 2006. Todavia, diferentemente de seus iguais, o Ministro não estipulou critério quantitativo, em seu voto ele destaca que:

A regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga em questão não cabe, nem aqui ou agora, ao Poder Judiciário, mas sim ao poder constitucional e democraticamente responsável para levar adiante tal mister sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa.

Não deve o STF em sede deste recurso preencher o vazio normativo que daí pode decorrer. Há, nesse sentido, tanto os limites da controvérsia constitucional posta – e a necessidade de adstrição a estes – quanto os confins democráticos que se põem ao Judiciário. No entanto, cabe reconhecer, sem prejuízo da nulidade constitucional adiante chancelada, que o usuário, apesar da autodeterminação que pode lhe assistir, fomenta, ainda que reflexamente, o tráfico. Este, pois, é o destinatário das causas cujos efeitos estão em pauta. (Edson Fachin)

Dessa maneira, o Ministro entende que diante desse caso cabe à Suprema Corte julgar apenas a constitucionalidade do artigo 28 da lei das drogas, não sendo de sua competência estipular critérios objetivos e políticas de enfrentamento ao tráfico, que são de competência do Legislativo e do Executivo. Sendo assim, é possível observar que de forma criativa, pois não havia lei e nem precedente anterior, o ministro toma uma decisão que não invade as competências de outras funções julgando dentro dos limites da atuação criativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todas as constituições, incluindo a do império brasileiro, sempre houve interesse em destacar as três funções conhecidas atualmente, acreditando em suas independências e harmonias. Assim, demonstrando desde o início do Estado republicano brasileiro, a dedicação em manter bem definidas as distinções entre as funções.

Nessa lógica, o magistrado deve aplicar o direito de forma coerente com a constituição, considerando o contexto em que atua. Isso não envolve agir como um juiz ativista ou arbitrário, que utiliza seu poder de decisão de forma autoritária para impor suas próprias opiniões e visões pessoais, mas sim como um profissional que, ao identificar as necessidades do caso concreto é capaz de solucioná-las, norteado pelos princípios estabelecidos em nossa Carta Magna.

Por fim, é importante reiterar que essa forma de agir não deve exceder os limites da interpretação jurídica. Este trabalho advoga pela prática da jurisdição constitucional. A atuação do juiz deve sempre ser embasada nos princípios e objetivos estabelecidos na lei fundamental, de modo a ser reconhecida e aceita pelo sistema judicial em si. Isso garante uma atuação responsável e em conformidade com os princípios constitucionais.

REFERENCIAS

CYRINEU, Rodrigo, O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO ELEITORAL, Florianópolis, Resenha eleitoral, v.23, 2019.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 40.

CRUZ, Clenderson Rodrigues, TÉCNICAS PROCESSUAIS ESTRUTURAIS E PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO: proposta de um modelo para a construção compartilhada da solução para os litígios de direito público, Belo Horizonte, 2021.

TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012

MacCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e Teoria do Direito. Tradução de Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Ruy Nestor Bastos, Revista Populus n. 11 (2021) O ATIVISMO JUDICIAL DO STF EM FACE DO LEGISLATIVO: IDENTIFICAÇÃO DE LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES SOBRE A REFORMA POLÍTICA. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 6.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso, 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2011

ACESSO À JUSTIÇA NA VIRADA TECNOLÓGICA: POSSÍVEIS PARADOXOS DO FUTURO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Ana Clara Pazin¹
Clenderson Rodrigues Cruz²
Geovana Aparecida De Oliveira³

RESUMO

O presente artigo é o resultado de pesquisas e debates de grupo de estudo, com o objetivo de problematizar os meios tecnológicos que estão sendo adotados e propostos por estudiosos como forma de ampliar o acesso à justiça, com acessibilidade a todos que dele necessitam, no menor tempo possível. Nada obstante, existem fatores que deixaram de ser analisados e que ao invés de proporcionar a democratização processual e a celeridade dos processos, arriscar-se-á cessar restringindo os direitos dos que mais carecem do sistema judicial. Uma vez que estaria infringindo a própria Constituição de 1988, que prevê em seu art. 5º, XXXV, a proibição de exclusão da apreciação do Poder Judiciário, ameaça ou lesão a direito.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologia; Evolução; Processo Civil; Acesso; Justiça.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A litigiosidade reclama há décadas a evolução dos meios processuais, a fim de criar-se meios capazes de absorver os conflitos e solvê-los de forma adequada. A pandemia do Covid-19 acelerou a proximidade direito e tecnologia, sobretudo com a potencialização de meios tecnológicos em matéria processual. Contudo, em uma análise mais acurada sobre a aposta da utilização da tecnologia no processo, que recebe o nome de virada tecnológica do processo, desperta a necessidade de se debater quais os possíveis efeitos paradoxais que pode trazer, haja vista que sua adoção não vem acompanhada de uma política pública de promoção do acesso tecnológico qualitativo aos brasileiros. Dessa feita, objetiva o presente artigo analisar a evolução processual contemporânea, bem como a virada tecnológica do processo e aferir se sua efetiva poderia acarretar ofensa as garantias constitucionais do processo, especificamente, em um corte epistemológico, aos princípios do devido processo legal e acesso à justiça.

¹ Graduanda do 4º período do curso de Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM; anapazin886@gmail.com

² Doutor em Direito pela PUC Minas. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

³ Graduanda do 4º período do curso de Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM; geovanacidaoliver@gmail.com

2 EVOLUÇÃO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA NO MUNDO TECNOLÓGICO

Quando o Estado tomou para si o poder de resolver conflitos, não contavam que para eles também seriam necessárias regras de como resolver os problemas da sociedade sem ocasionar injustiça no percurso das metodologias. Daí surge o processo, em uma tentativa de regular as ações do Estado, estabelecendo normas de interpretação isonômica para as inconformidades da população. Como dizia o grande filósofo Aristóteles, “*tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*”, a fim de estabelecer a equiparação e pôr um fim a linha tênue em que eram resolvidos os conflitos (CICCO, 2006).

No decorrer dos anos, o sistema jurídico sofreu várias modificações, dentre elas podemos citar a 2ª Guerra Mundial, quando a Alemanha criou uma máquina eletromecânica de criptografia que embaralhava as mensagens para que seus aliados não as recepassem. Além de ser uma das mentes que conseguiu decifrar o código dos nazistas, Alan Turing teve um papel muito significativo na evolução tecnológica, como a Teoria Computacional, definindo o conceito de algoritmos e criando a máquina de Turing; a Inteligência Artificial, propondo um experimento para avaliar a inteligência de uma máquina que ficou conhecido como o teste de Turing” (MOCHETTI, 2016)

O que com a pós Guerra, houve um destaque para os direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade e o papel das cortes de sobreposição, tendo uma renovação nos pressupostos adotados na prática judiciária.

Nesse sentido, vários estudiosos criaram teorias que deram seguimentos relevantes na evolução processual, passando por diferentes fases: o liberalismo (VIRGÍLIO, 2014), a socialização (ANDRADE, FARIA, 2023), o neoliberalismo (TINOCO, 2013) e pôr fim a democratização processual (SOUSA, 2013).

Como vimos, o direito processual passou por várias alterações em busca de sua democratização e uma das mais recentes e estudadas é a “virada tecnológica” acontecida “a partir da década de 90 até os anos 2000, com a explosão de dados digitais provenientes da internet comercial daquele período, o qual teve um momento de ruptura que se aplica no campo da sociedade como um todo” (NUNES, 2023).

O processo, apesar de desenvolvido, ainda tinha seus paradoxos e muito a ser melhorado, vista a má eficiência na resolução das demandas e na organização do judiciário, que eram lentas, burocráticas e dificultavam o acesso à justiça. Então com o propósito de fazer jus aos princípios da democratização e melhorar os vieses do procedimento, foi criado em 1995

pela lei nº 9.099, os Juizados Especiais, os quais proponham uma linguagem simples, fácil entendimento, proporcionando a autorrepresentação, ou seja, dispensava a presença do advogado, e sem custas processuais (exceto, se houvesse recurso)⁴. Entretanto, em razão à alta demanda de processos em andamento, gerando sobrecarga, e conseqüentemente atrasando a designação das audiências comprometendo a celeridade processual.

Outro meio de tentativa de melhorar o judiciário foi a inclusão das ADRs (Alternative Dispute Resolution) em 2010 pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), conhecida como sistema multiportas, dentre qual dar-se-á a possibilidade de outros meios de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação, devido ao grande número de processos, com o intuito de aliviar o judiciário (DUARTE, 2023) e a criação do PJE – Processo Judicial Eletrônico, também construído por Termo de Acordo de Cooperação Técnica entre o CNJ, TST, CSJT⁵.

Considerando o histórico do direito processual, observamos que os problemas de antes, são os mesmo que se encontram na atualidade do judiciário, o número elevado de demandas em andamento, bem como a tardança de suas deliberações e a exclusão de uma parcela da população ao acesso à justiça, que apesar de a todo instante, cada fase processual ter como o fim melhorar esses paradoxos, o sistema acaba de certa forma beneficiando os mais favorecidos e cerceando mais ainda a minoria.

E apesar da grande maioria achar que a virada ocorreu devido a pandemia, na verdade ela só acelerou o processo de digitalização dos atos eletrônicos e da transformação computacional no curso do judiciário desde 1991, quando o STJ permitia a consulta digital dos andamentos dos processos através de redes de computadores. Não obstante, o processo eletrônico só começa a tomar forma em 2001, quando criado o “Sistema de Justiça” para dar mais controle e inteligência as rotinas processuais, já que o processo de virtualização se dá somente em 2009, quando o STJ instaura sua maior revolução na era 100% digital. Facilitando os tramites e evitando custos, pois não era mais necessário a transportação dos papeis, acarretando a economia de espaço, financiamento e tempo dos sujeitos processuais. A primeira sustentação oral feita por vídeo conferência foi em 2003. Segue notícia sobre: “Em sessão da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, o presidente do STJ à época,

4 <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto#:~:text=Nesse%20universo%20%C3%A9%20que%20foi,sal%C3%A1rios%20m%C3%ADnimos%2C%20conforme%20o%20art.>

⁵ <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/pje-completa-dez-anos-de-instalacao-na-2a-regiao>

ministro **Cesar Asfor Rocha**, permitiu que advogados sustentassem desde Curitiba (PR) e Florianópolis (SC) perante a Turma, reunida em Brasília – DF.⁶

Se antes a virada tecnológica já era bastante discutida, atualmente, com a pós pandemia, houve um avanço ainda mais significativo na evolução computacional, especificamente no ramo processual, passando a ser visto por mais estudiosos, através do âmbito propedêutico que é apresentada. Incluindo em seus sistemas modelos de Inteligência Artificial para a construção de Tribunais de Justiça Online, com o foco em programar algoritmos, para talvez em um primeiro viés, devido à alta quantidade de processos publicados nos sistemas de justiça, correlacionar julgados anteriores, puxando assim casos semelhantes ao que precisa ser solucionado e dar a decisão com base nos precedentes, bem como nas demandas repetitivas que seriam julgadas de forma unânime, mesmo em tribunais diferentes, quando se tratar do mesmo mérito e dos mesmos litigantes. Um segundo ponto seria para a utilização nos casos de IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) que seriam todas identificadas e suspensas (NUNES, PAOLINELLI, 2021).

3 DESENVOLVIMENTO DA TECNOLOGIA: O FUTURO DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Há mais de 20 anos, a internet começava adentrar na vida das pessoas, e pouco a pouco foi abrangendo e tomando uma proporção na vida de todos os seres humanos, desde as crianças até os mais velhos. Mesmo com um pouco de dificuldade em usufruí-la, a modernização sempre esteve e está ao redor de todos cada vez mais, seja através de meios tecnológicos tangíveis^[13] ou intangíveis⁷.

E no judiciário, esse desenvolvimento não foi diferente, o que assusta muito quando pensamos em quais pontos ele pode beneficiar ou prejudicar alguém, haja vista lentidão e o difícil acesso à justiça.

De antemão, podemos falar sobre o uso das Inteligências Artificiais e as variáveis formas de configurações de seus algoritmos inteligentes, para diversas funções, bem como para estabelecer decisões de casos pré-definidos, como é o caso das demandas repetitivas, ou até

⁶ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital#>

⁷ São exemplos de meios tecnológicos intangíveis: a nuvem, um sistema ou uma aplicação virtual - <https://conceito.de/recursos-tecnologicos#:~:text=Um%20recurso%20tecnol%C3%B3gico%20%C3%A9%20portanto,sistema%2C%20uma%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20virtual>).

mesmo serem programados para aprender e construir decisões judiciais com base nos precedentes, casos já julgados anteriormente.

Um algoritmo é como um conjunto ordenado de instruções operações, etapas e processos que permitem desenvolver uma tarefa específica ou encontrar uma solução para um problema. Mais concretamente, é como uma lista de instruções pré-estabelecidas que orientam as decisões a serem tomadas. [...] Os algoritmos são a essência de qualquer sistema de inteligência artificial e são treinados ao serem alimentados com a maior quantidade de dados possível, como referências, para que possam aprender melhor (SANTOS, 2021).

Enquanto a IA pode ser definida como construção de programas de computador que se envolvem em tarefas que são desempenhadas de forma mais satisfatória por seres humanos devido aos processos mentais de alto nível, como: aprendizagem perceptual, organização da memória e raciocínio crítico (KOVACS, 2021).

Ou seja, visto que hoje, em alguns estados brasileiros os processos estão 100% digitalizados⁸, com a configuração correta, ferramentas de big data e o banco de dados processuais, com casos correlatos já julgados e algoritmos de filtragem que diferencie as leis e os precedentes, a IA faria tranquilamente o trabalho do sistema judiciário.

Segundo o site do STF, atualizado neste ano, o próprio Supremo já manipula dois robôs, o Victor – desde 2017 para recursos extraordinários e casos de repercussão geral – e a Rafa – desenvolvida para integrar a Agenda 2030 da ONU ao STF. Tal qual está finalizando a fase de testes de uma nova ferramenta de IA batizada de Vitoria, que vai permitir a identificação dos processos repetitivos ou similares e agrupá-los automaticamente⁹.

O que a um primeiro olhar é algo revolucionário e vai honrar a celeridade processual, ainda se perde em seus paradoxos, pois pode haver uma má formulação dos algoritmos, fazendo com que os vieses cognitivos tratem precipuamente pelo lado preconceituoso, afetando a imparcialidade que o juiz natural teria que dispor. Afinal, por mais que a IA seja uma tecnologia avançada na tentativa de alcançar a inteligência humana, ainda assim não possui a capacidade que o cérebro tem de ampliar o entendimento dos comandos, ela simplesmente faria no sentido literal, exatamente aquilo que foi programada para fazer.

Um segundo ponto seria a integração de ODRs (Online Dispute Resolution), uma plataforma com métodos de resolução de conflitos no ambiente digital, já utilizada no mercado

⁸ <https://www.cnj.jus.br/judiciario-atinge-100-de-processos-digitalizados-e-migrados-ao-pje/>

⁹ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507120&ori=1>

privado – como por exemplo, a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L)¹⁰ – no sistema judiciário brasileiro. Suas vantagens incluem evitar a morosidade do judiciário e ter economia de custos e tempo¹¹. Para o pesquisador Richard Susskind que carrega consigo a reflexão sobre o papel dos sistemas públicos de justiça ao redor do mundo e a respeito de como as inovações tecnológicas podem ser apropriadas pelas estruturas tradicionais para melhorar a qualidade do acesso, diminuir custos e acelerar procedimentos (NUNES, PAOLINELLI, 2021).

A fim de inclusão de ODRs nos sistemas de justiça públicos, seria necessário a modificação quase completa das configurações algorítmicas, visto que o setor privado dispõe de fins lucrativos, suas configurações possuem alta performance de persuasão, os chamados *nudges* (incentivo), os quais tem a capacidade indução, podendo favorecer uma parte litigante e prejudicar a outra. Enquanto, para fazer parte do judiciário as ODRs teriam que se apresentar as características principiológicas adotadas pelo juiz de direito e pelo código de processo civil. O primeiro, em razão da imparcialidade e da proibição dos tribunais de exceção, uma vez que a tecnologia não tem capacidade de raciocínio, perfis formulados incorretamente são capazes de cessar a lide favorecendo uma das partes, enquanto os algoritmos aprendizes projetados nas ODRs podem apresentar defeitos e se excederem criando leis inexistentes por conta própria. O segundo, em atenção a autonomia da vontade, em consideração dos *nudges* manipuladores e suas convicções do melhor resultado para determinada lide, ao princípio da razoável duração do processo, que sem dúvidas será legítimo e o direito de acesso à justiça, arriscando ocasionar mais empecilhos uma vez que nem moradia tem a acesso à internet.

Um modelo de ODR desenhado e já adotado em alguns países, são os Tribunais Online (Online Courts), com designes digitais de fácil acesso e compreensão para que os litigantes resolvam seus próprios conflitos, sem o auxílio do advogado (NUNES, PAOLINELLI, 2021). Uma nova proposta de protótipo de resolução se conflitos, que consistiria basicamente na combinação de ODRs e ADRs, suscitando uma plataforma com resultados mais céleres, sem custos processuais e auto representável.

Ademais, temos a tecnologia Blockchain que já foi citada algumas vezes em julgados anteriores como meio de verificar a autenticidade das provas produzidas nos autos. Uma vez que o CPC/15 em ser art.369 afirma que as partes utilizando de meios legais podem valer de qualquer meio probatório para a convicção do juiz (NUNES, PAOLINELLI, 2021), a exposição

¹⁰ AB2L – Disponível em: <https://ab2l.org.br/#:~:text=AB2L%20Associa%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira%20de%20Lawtechs%20e%20Legaltechs>

¹¹ <https://farelosjuridicos.com.br/colunistas/noticias/odr-o-que-%C3%A9-e-como-funciona-online-dispute-resolution>

de prints de WhatsApp, gravações de vídeos e áudios, fotografias e documentos fiscais também seriam válidos. Entretanto, como sabemos, a evolução digital permite a manipulação de qualquer desses meios, desservindo a dilação probatória que viria ser autêntica. E é aí que entra a tecnologia do Blockchain, como instrumento de apuração da integridade dos dados credenciados como prova (ALMEIDA, CASTRO, 2020).

Outro desenvolvimento crucial, progressista e já instaurado, foi a criação do PJE (Processo Judicial Eletrônico), se antes era necessário ir ao fórum por qualquer circunstância, hoje com a criação dessa plataforma, permite que o procurador não fique à mercê dos horários de funcionamento do judiciário devido aos prazos dos atos processuais, bem como também reduziu custos e tempo, haja vista que nem toda cidade tem foro e havia a precisão de fazer uma pequena viagem, tal qual reduziu a quantidade de papéis e impossibilitou o perigo de processos serem perdidos ou esquecidos. O PJE permite que a prática de todos os atos, garantindo a segurança jurídica do processo judicial contra a inviolabilidade, graças o uso do certificado judicial ^[25].

4 TECNOLOGIA E SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA

Muitos avanços tecnológicos estão sendo implementados no sistema judiciário, como o uso de Sistemas de Inteligência Artificial (IA), Robótica, Big Data e Blockchain. O uso dessas tecnologias tem como objetivo melhorar a eficiência do judiciário, tornando-o mais ágil e eficaz. No tocante à Inteligência Artificial, por exemplo, sistemas de IA podem ser usados para ajudar a automatizar certos processos, como a digitação de documentos, a organização de informações e até mesmo a realização de análises jurídicas. O uso de Robótica também está ganhando destaque na justiça, principalmente com a implantação de Robôs de assistência jurídica (RAJ), que são pequenos robôs que podem ajudar os servidores judiciários e o cidadão a realizar certas tarefas.

Além disso, a aplicação dessas tecnologias também pode ajudar a reduzir o custo envolvido em certos processos. Por exemplo, a automação de tarefas pode reduzir custos com pessoal, ao invés de precisar ter mais funcionários para executar tarefas repetitivas, a tecnologia pode ser usada para acelerar esse processo.

A introdução de tecnologia no setor público demanda uma adaptação das normas legais e, principalmente, de seus aplicadores, a adaptação das práticas judiciais e processuais à realidade tecnológica e a introdução de novos tipos de processo, como o processo eletrônico. Além disso, a tecnologia tem se mostrado útil na automação de tarefas repetitivas e burocráticas.

Por exemplo, a utilização de inteligência artificial e *machine learning* pode ajudar a analisar grandes volumes de dados de forma rápida e precisa, auxiliando juízes e advogados na tomada de decisões. Isso não apenas economiza tempo, mas também ajuda a reduzir erros e aumentar a consistência nas decisões judiciais.

Outro aspecto importante é a implementação de sistemas eletrônicos de gestão processual, que tornam todo o fluxo de trabalho mais eficiente. Esses sistemas permitem o gerenciamento de casos de forma mais organizada, com a possibilidade de acompanhamento online de processos, agendamento de audiências e notificações automáticas para as partes envolvidas. Isso torna o sistema de justiça mais acessível e transparente para todos os envolvidos.

A tecnologia também tem sido aplicada na melhoria do acesso à justiça. Por exemplo, a criação de plataformas online para resolução de conflitos tem se mostrado uma alternativa eficaz e menos dispendiosa para casos de menor complexidade. Além disso, a utilização de videoconferências e sistemas de vídeo audiências tem permitido que pessoas distantes dos tribunais possam participar de audiências sem a necessidade de deslocamento físico, o que traz mais comodidade e economia de recursos.

No entanto, é importante destacar que a aplicação da tecnologia no sistema de justiça também traz desafios. A segurança da informação, por exemplo, é uma preocupação constante, uma vez que dados sensíveis e confidenciais estão sendo manipulados e armazenados digitalmente. É necessário investir em medidas de proteção robustas para garantir a integridade e a confidencialidade das informações.

Em resumo, a tecnologia tem desempenhado um papel crucial na transformação do sistema de justiça, tornando-o mais eficiente, acessível e transparente. A digitalização de processos, a automação de tarefas e a implementação de sistemas eletrônicos têm trazido inúmeros benefícios para todos os envolvidos. No entanto, é essencial que essas transformações sejam acompanhadas de cuidados com a segurança da informação, garantindo a confiabilidade e a proteção dos dados.

Nesse sentido, é fundamental que sejam implementadas medidas de segurança adequadas, como criptografia, autenticação de usuários e backups regulares, para evitar o acesso não autorizado e a perda de informações importantes.

Além disso, é importante considerar a necessidade de treinamento adequado para os profissionais que utilizarão as tecnologias no sistema de justiça. A capacitação dos juízes,

advogados e outros atores envolvidos é essencial para que possam utilizar as ferramentas de forma eficiente e compreender suas limitações e potencialidades.

A aplicação da tecnologia no sistema de justiça tem o potencial de promover uma justiça mais ágil, acessível e eficiente. No entanto, é necessário um equilíbrio entre a adoção dessas tecnologias e a preservação dos princípios fundamentais do devido processo legal, como o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Portanto, a tecnologia desempenha um papel crucial na modernização do sistema de justiça, trazendo benefícios significativos em termos de eficiência, acessibilidade e transparência. No entanto, é fundamental garantir a segurança dos dados e promover a capacitação adequada dos profissionais para que possam utilizar essas ferramentas de forma eficaz e ética.

5 ACESSO À TECNOLOGIA X ACESSO À JUSTIÇA: BARREIRA SOCIAL

O acesso à tecnologia e o acesso à justiça são dois direitos fundamentais que devem ser garantidos a todos os cidadãos, independentemente de sua condição social, econômica, cultural ou geográfica. No entanto, há uma grande desigualdade na distribuição e no uso da tecnologia entre as diferentes camadas da sociedade, o que pode gerar uma barreira social para o acesso à justiça.

A tecnologia pode ser um instrumento de democratização e de ampliação do acesso à justiça, pois pode facilitar a comunicação, a informação, a educação e a participação dos cidadãos nos assuntos jurídicos. A tecnologia também pode oferecer meios alternativos e mais eficientes para a resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem online.

No entanto, nem todos os cidadãos têm acesso à tecnologia ou sabem como utilizá-la adequadamente. Muitas pessoas enfrentam dificuldades para adquirir ou manter equipamentos, serviços ou conexões de qualidade. Outras pessoas não possuem habilidades ou conhecimentos suficientes para navegar ou interagir com as ferramentas tecnológicas. Essas pessoas podem ficar excluídas ou marginalizadas do sistema de justiça, que cada vez mais se baseia na tecnologia para funcionar.

Além disso, a tecnologia pode trazer novos desafios ou riscos para o acesso à justiça, como a segurança, a privacidade, a confiabilidade e a transparência dos dados e dos sistemas. A tecnologia também pode gerar novos tipos de conflitos ou violações de direitos, que exigem uma atualização ou uma adaptação do ordenamento jurídico e dos operadores do direito.

Portanto, é preciso buscar um equilíbrio entre o acesso à tecnologia e o acesso à justiça, de modo que a tecnologia seja um meio e não um fim em si mesma. É preciso garantir que a tecnologia seja acessível, inclusiva, participativa e responsável, respeitando os princípios e os valores que regem o sistema de justiça. É preciso também promover a educação e a capacitação dos cidadãos e dos profissionais do direito para o uso ético, crítico e consciente da tecnologia. Somente assim será possível superar a barreira social que impede muitas pessoas de exercerem plenamente seus direitos e deveres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à tecnologia e à justiça são questões que estão sendo interligadas em vários âmbitos do sistema judiciário e a falta de acesso à internet pode se tornar uma barreira para o acesso à justiça. É fundamental que sejam adotadas medidas para superar essa restrição, garantindo o acesso igualitário ao sistema judicial de modo a promover a inclusão social e não causar mais ainda a exclusão da minoria.

Como iniciativas de inclusão digital, governos e organizações fazendo a implementação de programas que visam fornecer acesso à internet e dispositivos tecnológicos para comunidades carentes. Essas iniciativas podem incluir a instalação de pontos de acesso público à internet, fornecimento de computadores em bibliotecas e escolas, ou mesmo subsídios para aquisição de dispositivos.

Por outro lado, é essencial investir em programas de alfabetização digital e capacitação tecnológica. Podendo ser feito por meio de parcerias com instituições de ensino, organizações da sociedade civil e empresas, com o objetivo de fornecer treinamento sobre o uso básico de tecnologia, navegação na internet e uso de aplicativos relacionados à justiça.

O desenvolvimento de plataformas acessíveis, também seria um outro meio importante que as instituições jurídicas, como tribunais e escritórios de advocacia, poderiam investir. Por exemplo, a criação de plataformas online acessíveis e de fácil utilização, incluindo a disponibilização de informações legais em linguagem simples, a utilização de recursos de acessibilidade para pessoas com deficiência e a garantia de que os serviços sejam compatíveis com diferentes dispositivos e navegadores.

Parcerias entre setores, a colaboração entre o setor público, privado e organizações da sociedade civil é fundamental para enfrentar a barreira social entre acesso à tecnologia e acesso à justiça. Por meio de parcerias, é possível compartilhar recursos, conhecimentos e experiências

para desenvolver soluções inovadoras e sustentáveis, visando garantir que todos tenham acesso à tecnologia e à justiça.

Em suma, a barreira social entre acesso à tecnologia e acesso à justiça é uma questão complexa que requer esforços conjuntos para ser superada. Ao garantir que todos tenham acesso igualitário à internet, podemos promover a inclusão social e assegurar que o acesso à justiça seja uma realidade para todos os cidadãos, independentemente de suas condições socioeconômicas, com desígnio de construir uma sociedade mais equitativa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; FERREIRA, Diogo de Castro. O Blockchain como meio de prova no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro. v. 23, n. 33, p. 335-349, 2020. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/9340/47967515>. Acesso em: 24 set. 2023.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de; FARIA, Guilherme Henrique Lage. O Modelo Social De Processo: Conjecturas Sobre Suas Origens, Desenvolvimento E Crise Frente Ao Novo Paradigma Do Estado Democrático De Direito. *Publica Direito*, p.4-8. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c59115e88a6dbe2f>. Acesso em: 23 set. 2023.

CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 81, p.112-135, out./nov., 2006. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/41>. Acesso em: 23 set. 2023.

CIAPJ/FGV. SALOMÃO, Luiz Felipe Salomão (Org.). Artificial Intelligence: the technology applied to conflict resolution in the Brazilian judiciary, mar. 2021. Disponível em: < https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ai_ciapj.pdf >. Acesso em: 2023.

DUARTE, Kelly. O que é justiça multiportas e como ela funciona no Brasil. *Rocha Cerqueira Sociedade de advogados*. Belo Horizonte. Jan. 2023. Disponível em: <https://rochacerqueira.com.br/justica-multiportas/#:~:text=No%20Brasil%2C%20o%20Sistema%20de,meios%20adequados%20C3%A0%20sua%20natureza>. Acesso em: 23 set. 2023.

Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set. 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>>. Acesso em: 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i50.8360>.

KOVACS, Leandro. Como surgiu a inteligência artificial. *Tecnoblog*, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/como-surgiu-a-inteligencia-artificial/#:~:text=O%20termo%20E2%80%9CIA%E2%80%9D%20pode%20ser,de%20alto%20n%C3%ADvel%2C%20como%3A%20aprendizagem>. Acesso em: 24 set. 2023

MOCHETTI, Karina. Alan Turing e a Enigma. *SBC Horizontes*, nov.2016. Disponível em:<https://horizontes.sbc.org.br/index.php/2016/11/alan-turing-e-a-enigma/#:~:text=A%20Enigma%20foi%20uma%20m%C3%A1quina,nenhuma%20informa%C3%A7%C3%A3o%20caso%20as%20interceptassem>. Acesso em: 23 jun.2023.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla Mattos. Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, acesso eletrônico à justiça e seus paradoxos no Brasil. *Revista de Processo*, V. 314/2021, P.395-425, Abr. 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/45607938/NOVOS_DESIGNES_TECNOL%C3%93GICOS_NO_SISTEMA_DE_RE

SOLUÇÃO DE CONFLITOS ODR E ACESSO À JUSTIÇA E SEUS PARADOXOS NO BRASIL. Acesso em: 24 set. 2023.

PEIXOTO, F. H. Direito e inteligência artificial. Brasília: DRIA, 2020. (Coleção Inteligência Artificial e Jurisdição, v. 2). Disponível em: www.dria.unb.br. Acesso em: 2023

PIMENTEL, Alexandre Freire; ORENGO, Beatriz Souto. Perspectivas de aplicação da inteligência artificial no direito processual: análise sobre as diretrizes éticas e eficiência jurisdicional. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 8, n. 3, p. 305-325, set./dez.2021. Acesso 2023.

POD CAST ONZE SUPREMOS: #149 Direito e a virada tecnológica (com Dierle Nunes). Entrevistado: Dierle Nunes. Entrevistador: David Sobreira. Link disponível em: <https://open.spotify.com/episode/198IBVUBJ0gtf3EGdfz3em?si=MNo2DcOWRO-jfirtuc6kPwQ>

SANTOS, Javier Ortega. ABC da inteligência artificial: o algoritmo a serviço das pessoas. *MAPFRE*, Abr. 2021. Disponível em: <https://www.mapfre.com/pt-br/actualidade/inovacao/ia-algoritmo-pessoas/#:~:text=Os%20algoritmos%20s%C3%A3o%20a%20ess%C3%Aancia,para%20que%20possam%20aprender%20melhor>. Acessado em: 24 set. 2023.

SOUSA, Domingos Sávio de. A necessidade de democratização do processo civil. *Âmbito Jurídico*. São Paulo. Out. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-necessidade-de-democratizacao-do-processo-civil/#:~:text=A%20DEMOCRATIZA%C3%87%C3%83O%20PROCESSUAL&text=Nessa%20quadra%2C%20potencializa%2Dse%20E2%80%9C,59>). Acesso: 23 set. 2023.

TINOCO, Ana Beatriz Passos. Do Neoliberalismo Processual, Das Reformas Processuais Sob Emblema De “Acesso À Justiça” E Da Atuação Do Amicus Curiae No Processo Objetivo: Um Balanço Crítico. *Em Tempo*, V.12, p.42-60, Ago. 2013. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/394/323>. Acesso em: 23 set. 2023.

VIRGÍLIO, Renata Espíndola. O papel do Poder Judiciário e do processo civil no Estado liberal e social. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3952, 27 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27979/o-papel-do-poder-judiciario-e-do-processo-civil-no-estado-liberal-e-social>. Acesso em: 23 set. 2023.

TECNOLOGIA E PROCESSO: ANÁLISE DAS NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS AO PROCESSO À LUZ DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Clenderson Rodrigues da Cruz ¹
Sofia Silva Vasconcelos ²
Talita Lopes de Faria ³

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise da inserção das inovações tecnológicas como ferramentas no âmbito processual, de forma a estabelecer suas definições e, principalmente, seus impactos nos resultados no judiciário, uma vez que devem ser construídas baseando-se nos princípios constitucionais previstos em nossa Constituição. Ademais, as condições em que as classes sociais brasileiras são beneficiadas ou são extremamente prejudicadas, já que o desfalque no acesso à internet e suas funcionalidades por um número considerável da população brasileira ainda é uma realidade preocupante, o que somado as novas inovações tecnológicas utilizadas por uma minoria detentora dos poderes aquisitivos causa uma violação aos nossos preceitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios Constitucionais, Inovações, Processo Civil, Tecnologias.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notória a crescente utilização de novas tecnologias em ambiente jurídico-processual, o que Dierle Nunes atribui o nome de virada tecnológica do século XXI. O uso das novas tecnologias faz parte da sexta onda proposta pela *Global Access to Justice Project* para a ampliação de acesso à justiça. É de se reconhecer que parte de tal intento revela seu efetivo interesse no retorno financeiro na economia por meio da pacificação social (incentivo neoliberal), podendo ser observado, lado outro, a efetivação de garantias processuais de interesse da coletividade brasileira, decorrentes tanto da legislação processual quanto da Constituição Federal brasileira de 1988.

Nesse sentido, é importante destacar a plataforma digital que pode ser vista como um marco na Era Processual, o denominado Processo Judicial Eletrônico - PJE, que possibilitou a tramitação dos processos de forma remota e com ainda mais recursos de segurança jurídica aos autos.

¹ Doutor em Direito Processual pela PUC Minas. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

² Graduanda no curso de Direito pela Faculdade de Pará de Minas (FAPAM).

³ Graduanda no curso de Direito pela Faculdade de Pará de Minas (FAPAM).

Além desse mecanismo, é válido ressaltar que são criados diferentes meios virtuais no Brasil para as atividades jurídicas, sendo como exemplo a rede de dados da tecnologia blockchain para autenticidade de informações, aceita de forma gradual nos dias atuais para atos processuais jurídicos, diversas funcionalidades da inteligência artificial para visualizar probabilidades favoráveis, antes e durante o decorrer do processo, além de diversos outros softwares que crescem a cada dia mais no mercado que começam a tomar seu espaço no meio jurídico como forma de defesa dos interesses das partes e do juízo.

Contudo, apesar da facilitação no acesso à mecanismos de facilitação e auxílio dos atos processuais, a problemática se encontra na estrutura desigual das realidades vividas pelos cidadãos brasileiros. A falta de entendimento, recursos e acesso à internet se torna um empecilho cada vez maior para integrarem a classe social com pleno gozo das inovações tecnológicas, colocando diversos princípios constitucionais em risco de violação durante o trâmite processual, como devido processo legal, paridade de armas, ampla defesa, entre outros. Diante dessas dificuldades, torna-se paradoxal a utilização das novas tecnologias, haja vista que o poderia beneficiar e ampliar acesso, revela, em verdade, uma diminuição, ou um agravamento do que Kafka apresentou em seu conto diante da lei: as pessoas se veem diante da lei, mas nela não pode adentrar.

Dessa feita, é necessário ampliar as discussões a fim de que juntamente com as novas tecnologias, como instrumentos de ampliação de acesso à jurisdição, seja implementado a ressemantização das garantias constitucionais para que elas continuem cumprindo com sua finalidade para que este acesso à jurisdição ocorra em moldes democráticos.

Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo primordial a análise dos princípios constitucionais que necessariamente devem ser observados na criação e desenvolvimento das novas tecnologias aplicadas como ferramentas processuais. A hipótese é que seja possível a utilização das novas tecnologias, desde que devidamente observados as garantias constitucionais do processo.

Para tanto, tem-se como necessidade expor dados da realidade brasileira no âmbito processual, suas desigualdades no acesso à justiça e à tecnologia para fins de êxito na visão ampla e aprofundada do problema proposto.

2 NOVOS INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS PROCESSUAIS

Com a alta demanda processual encontrada no judiciário brasileiro, acrescida do avanço tecnológico no que se refere a análise de dados e softwares, os processos judiciais foram desterritorializados e deslocados para plataformas digitais, tendo em vista que diversos objetivos são buscados pelas partes durante sua utilização, indo desde a celeridade processual, trâmite mais eficiente e veloz durante os autos, até a obtenção da maior base de informações possíveis para obter melhor desempenho na execução de seus processos.

A utilização de novas tecnologias é o mote das novas reformas processuais, que tem como pressuposto básico a necessidade de um processo menos moroso e mais eficiente. Neste sentido, Marjorie Marona:

O pressuposto de todas essas reformas passava por uma relação entre as melhorias administrativas e o aumento quantitativo da litigância judicial. Assumia-se, desse modo, uma dupla perspectiva. De um lado se supunha que os problemas de acesso ao sistema de justiça, expressos no montante de demandas que não são julgadas ou são processadas morosamente, poderiam ser tratados a partir de uma perspectiva meramente quantitativa. De outro lado, assumia-se que uma vez definido o problema, bastava que se encontrassem soluções administrativas.

São inúmeros os pontos favoráveis que colocam a utilização de ferramentas digitais como uma excelente opção para a área procedimental, como a redução de custos com materiais físicos, um benefício em relação não só ao espaço e armazenamento seguro sem deterioração, mas também à economia ambiental, a possibilidade de acesso remoto à audiências e informações processuais tanto pelas partes, por intermédio dos procuradores, quanto pelo magistrado, além é claro, do aumento do trâmite processual, quando realizados por interfaces eletrônicas de forma mais rápida.

Assim, com o desenvolvimento da era informacional no âmbito judicial, criou-se a principal ferramenta para este meio, qual seja: *Processos Eletrônicos (e-Justice)*, que é a plataforma de processos eletrônicos, a qual permite que os processos judiciais sejam movimentados de forma digital, eliminando a necessidade de documentos físicos e agilizando a tramitação dos casos.

Nesse sentido, o emprego tecnológico tem sido utilizado com o intuito de aperfeiçoar os andamentos processuais, uma vez que garantem uma melhor prestação jurisdicional à sociedade, fornecendo respostas mais céleres e eficientes para diversas controvérsias.

Além disso, tem-se a utilização de inteligência artificial e ferramentas de análise de dados que torna a pesquisa jurídica mais eficiente, permitindo a identificação de jurisprudência relevante e agilizando o trabalho dos advogados, além de contribuir para a aceleração do

processo judicial, desde que não comprometa a qualidade da análise e a observância do devido processo legal, tendo em vista que vem sendo utilizada para analisar grandes volumes de documentos, identificar padrões e auxiliar na pesquisa jurídica.

Assim, os Chatbots jurídicos também podem ser usados para fornecer informações básicas sobre processos judiciais e procedimentos legais.

Nessa esteira, vale destacar o *blockchain*, um procedimento no qual é gerado banco de dados avançado que possibilita o compartilhamento transparente de informações dentro de uma empresa. Assim, ele tem sido uma ferramenta fundamental, já que vem sendo explorada para garantir a autenticidade e integridade de documentos legais, contratos e registros, tornando-os mais confiáveis e difíceis de adulterar.

Outrossim, cabe destacar a ODR (*online dispute resolution*), um meio pelo qual se utiliza a tecnologia de informação para resolução de conflitos, ou seja, é um ato que visa a resolução de um litígio sem muita burocracia, uma vez que se contrapõe ao sistema moroso e ineficiente da justiça brasileira. Além disso, são contextos que podem ser solucionados sem a presença de advogado(a), já que são regulamentados por ferramentas online (*softwares*), permitindo o diálogo entre as partes, seja diretamente ou por um facilitador (mediador/conciliador).

A título de exemplificação, é válido mencionar a plataforma MOL, conhecida como a plataforma de conciliação e mediação completamente online já tratou de aproximadamente 250 mil casos, obtendo 80% de aceitação dos casos.

Desse modo, observa-se que as tecnologias digitais que têm sido incorporadas ao processo judicial a fim de melhorar sua eficiência e acessibilidade do sistema de justiça, trazendo benefícios como a redução de burocracia, a aceleração da tramitação processual, a ampliação do acesso à justiça e a melhoria da qualidade das decisões judiciais, uma vez que o sistema jurídico brasileiro é moroso e é movimentado com um número de servidores ínfimo em relação ao necessário para um bom andamento da marcha procedimental.

Dessa forma, segundo pesquisa divulgada pelo site Conjur, em dezembro de 2021, o Brasil não é um país que estabelece dificuldades de acessibilidade à justiça, ocupando o 41º lugar do ranking entre 139 países. No entanto, no quesito relativo à eficiência e à aplicação das decisões judiciais ele cai para 114ª posição, o que reflete a quão problemática é a questão procedimental na justiça brasileira. (NUNES, 2023)

Ademais, no que se refere à desigualdade em que as partes estarão sujeitas durante o processo, é claro a violação do direito à informação quando os carentes de recursos financeiros

têm sua capacidade de compreensão desses meios afetadas pela falta compreensão dos instrumentos disponíveis. Com isso, é importante destacar que essa realidade é uma problemática no Brasil, uma vez que conforme estudo realizado pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, em junho de 2022, aproximadamente 25% de sua população encontra-se às margens do acesso à justiça gratuita. Sob esse viés, é notório que está presente para mais de 50 milhões de pessoas a impossibilidade de ingressar na via judiciária sem a necessidade de arcar com os gastos, já que os números se trata de um público vulnerável, isto é, essa parte da sociedade têm o direito postulatório violado e quando o adquire, na maioria das vezes, é tido de forma insuficiente. (<https://www.defensoria.rs.def.br/quase-25-da-populacao-brasileira-esta-impedida-de-reivindicar-seus-direitos-aponta-pesquisa-nacional-da-defensoria-publica>)

Assim, as inovações tecnológicas utilizadas para o andamento e análise processual no sistema judiciário brasileiro, crescentes cada vez mais com diversas possibilidades e recursos para defesa, se mantém no país com desigualdades que não devem ser ignoradas quando se trata do acesso à justiça para a população, ligadas a diversos fatores, históricos e socioculturais, que, conseqüentemente, incluíram na situação a precariedade do acesso à internet e sua vaga familiaridade com o amplo meio tecnológico, além da educação e da condição econômica que auxiliem esses indivíduos a terem uma chance de poder ser parte em um processo de maneira justa, ou seja, o interesse de agir ou de reagir à um litígio seja de fato semelhante para todas as partes.

3. A REALIDADE PRECÁRIA NO ACESSO AOS DIREITOS

É inegável que o desenvolvimento da tecnologia no âmbito jurídico trouxe inúmeras possibilidades de acessibilidade à justiça. No entanto, é de conhecimento de todos nós que indivíduos com menor nível de educação e alfabetização digital podem ter dificuldades em compreender os procedimentos judiciais online, preencher formulários e entender informações relevantes, recursos financeiros para manutenção de dispositivos, acesso à internet e impressão de documentos, o que torna a realidade entre as partes processuais outro problema neste contexto, tal qual inibe a população de um direito previsto em nosso ordenamento: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que se a falta de acesso à tecnologia e informação resultar em tratamento desigual ou discriminatório no processo judicial, viola a qualidade da dignidade da pessoa humana.

Ademais, em nossa Constituição Federal está contido o direito à assistência judiciária, em seu artigo 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, ou seja, a população que comprovar hipossuficiência teria, em tese, a possibilidade de ingressar sendo assistida pela Defensoria. No entanto, ao se pensar que o Brasil é um país de que possui alto índice de pessoas com renda baixa, a realidade se torna ainda mais problemática conforme uma pesquisa divulgada pela Defensoria Pública, em 2023, a qual ficou declarada que para cada 31.140 habitante do nosso país, há apenas um defensor à sua disposição.

Outrossim, ao considerar a questão econômica do Brasil, é necessário ponderar algumas considerações, na medida em que, segundo dados da PNAD, em 2021, a discrepância de acesso à internet das regiões centro-oeste, sudeste e sul, era aproximadamente 10% superior das regiões norte e nordeste. Além disso, ao se analisar, por exemplo, a situação vivenciada pelos moradores da Amazônia, tendo em vista que uma parte da população começou a possuir acesso à rede, bem como o uso de tecnologias de informatização para estabelecimentos comerciais somente no final do ano de 2022, conforme se extrai de uma entrevista apresentada pela Rádio Novelo em agosto de 2023, é perceptível como a desigualdade de acesso à informação ainda é uma realidade no país, o que torna ainda mais contestável a questão de padronização de processos somente via digital, que pode ser visto em <https://radionovelo.com.br/originais/apresenta/caixa-de-ferramentas/>.

Deve-se ressaltar que em 2005, já era uma preocupação da UNESCO a alfabetização informacional. Neste sentido, esclarecem Adriana Goulart de Sena Orsini e Ana Carolina Reis Paes Leme (2017):

Já em 2005, por meio da Proclamação de Alexandria, a alfabetização informacional e a aprendizagem foram descritas como: [...] luzes da sociedade da informação, iluminando os cursos do desenvolvimento, da prosperidade e da liberdade. A alfabetização informacional empodera as pessoas em todos os caminhos da vida para buscar, avaliar, usar e criar informações de forma efetiva para atingir seus objetivos pessoais, sociais, ocupacionais e educacionais. Este é um direito humano fundamental no mundo digital e promove a inclusão social em todas as nações. (UNESCO, s/d).

E continuam:

A também denominada “competência informacional” estaria no cerne do aprendizado, capacitando os seres na criação e avaliação da informação, com o objetivo de alcance

de desejos e propósitos individuais, que podem impactar a sociedade como um todo. A Declaração entendeu, ainda, que essa mesma competência é um “direito humano básico em um mundo digital e promove a inclusão social em todas as nações” (DECLARAÇÃO..., 2005, p. 1).

Dessa forma, é importante destacar, ainda, que ao se tratar de desigualdades econômicas do Brasil, os detentores de poder aquisitivo superior, além de possuir formas facilitadoras de sair vencedores nos processos, tais como o emprego de *Analytics* para previsão de resultado de casos e análise de dados por meio de algoritmos que possuem a capacidade de juntar dados e apresentar padrões que sejam compatíveis com tal juízo, por exemplo, refletem absurdamente a disparidade das partes dentro de um processo.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO CIVIL

Anteriormente ao início do uso das novas tecnologias, toda a estrutura do sistema processual, assim como as outras áreas do Direito, foi pautada e estruturada com base nos princípios da Constituição Federal de 1988, que servem como diretrizes para o Legislador, quando esse se vê diante de sua função na elaboração de normas infraconstitucionais e, conseqüentemente, para a Administração Pública, quando chegada a hora de executar políticas públicas que promovam o bem-estar e avanço social. Entretanto, apesar desses exemplos básicos da estrutura dos poderes, essa visão do que deveria ser seguido observando-se o ordenamento jurídico é insuficiente em inúmeros pontos do caminho e isso não deixa de novidade quando se analisa profundamente o judiciário com sua alta demanda no trâmite processual.

Nesse viés, é perceptível que uma imensa parcela da população brasileira necessita dos meios constitucionais limitadores da atuação do Estado para ter seus direitos preservados e caminhos para uma vida harmônica. Dessa forma, na obra Teoria dos Princípios, é ressaltado que: “*Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, promoverem meios para sua realização.*” (ÁVILA, 2015, p. 155), destacando mais uma vez o local em que se encontram os princípios constitucionais dentro do ordenamento jurídico. Sob essa ótica, além dos demonstrativos da imensa realidade da desigualdade vivida pelas classes sociais dos cidadãos brasileiros e as novas tecnologias que vem sendo gradualmente inseridas no judiciário, a necessidade da observância dos princípios constitucionais no meio digital se torna uma questão a ser analisada,

devido a sua função garantidora para a população e o estado de vulnerabilidade socioeconômica em que essa se encontra.

O acesso à justiça, garantia de que o Poder Judiciário não poderá ignorar a apreciação para julgamento de uma lesão aos bens jurídicos tutelados, é apenas um dos diversos direitos conquistados pelo cidadão brasileiro, localizado no Art 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Neste sentido, visualizando a entrada de novos sistemas digitais como instrumentos processuais, têm-se a necessidade de adequar sua criação em uma lógica e estrutura voltada para os princípios constitucionais, na medida que esses se apresentam como a norma de maior hierarquia, criada para a proteção do cidadão e do Estado Democrático de Direito, abrangendo a população mais carente do país, e, conseqüentemente, efetivando seu uso como exato dentro dos termos do acesso à justiça no país.

Nesse sentido, as diferenças sociais enfrentadas pelos indivíduos brasileiros advêm de inúmeras circunstâncias, históricas e sociais, tendo a Constituição Cidadã de 1988 como protetora dos direitos mínimos que devem ser assegurados pelo Estado. É válido ressaltar o Princípio da Igualdade, previsto constitucionalmente, que diz em seu Art. 5º: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”*. É através dessa norma que se pode enxergar a necessidade de oferecimento de recursos tecnológicos que venham a ser ofertados para os cidadãos sem distinção de valores econômicos e que seja de forma equitativa.

Em vista disso, é necessário ressaltar que essa equidade não deve ser baseada somente na igualdade como fundamento, não quando se tem previsão legal sobre o Princípio da Duração Razoável do Processo, que estabelece: *“Art 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*. Dessa forma, o texto legislativo constitucional mais uma vez se pauta no princípio da igualdade processualmente, tendo assim direta ligação com a ideia de as tecnologias serem acessíveis para a classe baixa, pois quando o acesso a elas se mantém pesadamente apenas de um dos lados, a parte menos favorecida passa a se encontrar em uma relação jurídica de desequilíbrio, comprometendo gravemente sua participação e defesa no processo.

É de extrema importância ressaltar ainda que, como esclarece o autor Freddie Didier Jr (2017), a paridade das partes no âmbito processual trata-se das oportunidades de se ter igualdade de armas necessárias para a prática dos atos processuais, garantindo aos litigantes

possibilidades e condições de defesa na mesma balança para garantir a decisão adequada a cada caso pelo juiz. Por conseguinte, é necessário entender que as inovações processuais são apenas ferramentas para a parte no processo, seja ela autor ou réu, e, até mesmo o Estado. É nesse sentido que, também se torna possível encarregar a quem as usa o dever de entender a força e vantagem que algumas poderão lhes prover durante a realização de seus atos, devendo-se sempre orientar de acordo com o regimento do Princípio da Boa-Fé Processual, com previsão legislativa no Código de Processo Civil, conforme se expressa no Art. 5º: *“Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*.

Destarte, quando se interpreta os tópicos constitucionais com previsão principiológica, a participação efetiva das partes através do contraditório e da ampla defesa, somado à comparação com as inúmeras realidades socioeconômicas vividas pela sociedade brasileiro, fica exposto que o acesso precário aos inúmeros recursos tecnológicos existentes no mercado financeiro acarreta em um desequilíbrio na balança judicial, quando se combate com uma parte litigante que possui conhecimento e meios para se sobressair nos atos processuais e administrativos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é perceptível o quanto nosso judiciário evoluiu com a inserção da sistematização tecnológica. Além disso, as partes processuais foram muito beneficiadas no que se refere à facilidade de acesso à justiça e pela possibilidade de um judiciário um pouco mais célere a partir dessa nova era.

Noutro giro, trouxe consigo, também, várias plataformas que tem sido fundamentais para bases de dados e comparações processuais, o que valida a atuação de uma poder judiciário mais justo. No entanto, o que deve ser levado em consideração é: até que ponto essas plataformas tecnológicas são acessíveis ao ponto de não permitir a disparidade entre as partes,

A questão levantada é de extrema importância ao se referir do Brasil, tendo em vista que se trata de um país subdesenvolvido, onde a desigualdade e as possibilidades de acesso à justiça tem sido, desde sempre, desequilibrada.

Assim, ao se comparar a discrepância existente entre as partes e o próprio Judiciário, percebe-se que este encontra-se em desvantagem, uma vez que é possível prever uma decisão a partir de dados preexistentes com base em sentenças já proferidas.

Dessa forma, para que haja, de fato, uma equidade entre as partes processuais e a própria justiça, é necessário que exista um investimento nas plataformas de acesso do judiciário, bem como a inserção de novos membros ao seu meio, já que seu quadro de funcionários é ínfimo ao se comparar com a quantidade de processos existentes na marcha processual, principalmente à rede de apoio às pessoas hipossuficientes.

REFERÊNCIAS

- NERY, Carmen. BRITTO, Vinícius. **Internet já é acessível em 90,0% dos domicílios do país em 2021**. AGÊNCIA IBGE, Estatísticas Sociais, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021>. Acesso em: 25 set. 2023.
- ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2023
- BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 25 set. 2023.
- DE MINAS GERAIS, Defensoria Pública. **Defensorias Públicas lançam Pesquisa Nacional 2023 com crescimento de 714% na atuação coletiva entre 2018 e 2022**. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/defensorias-publicas-lancam-pesquisa-nacional-2023-com-crescimento-de-714-na-atuacao-coletiva-entre-2018-e-2022/>. Acesso em: 25 set. 2023.
- DIDIER JR. Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 76.
- ESPÍNDOLA, DRYSANNA — ASCOM DPE/RS. **Quase 25% da população brasileira está impedida de reivindicar seus direitos, aponta Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Defensoria Pública Estado do Rio Grande do Sul, 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/quase-25-da-populacao-brasileira-esta-impedida-de-reivindicar-seus-direitos-aponta-pesquisa-nacional-da-defensoria-publica>. Acesso em: 25 set. 2023.
- FADDUL, Juliana. PEDROSO, Rodrigo. **RÁDIO NOVELO: Caixa de Ferramentas**, ep. 41, 2023. Disponível em: <https://radionovelo.com.br/originais/apresenta/caixa-de-ferramentas/>. Acesso em: 25 set. 2023.
- FERREIRA, Gustavo Zwicker. **Desjudicialização: Os métodos alternativos de resolução de conflitos e a ODR, como instrumento tecnológico**. TCC (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 56. 2022.
- MARONA, Marjorie. **Acesso à qual justiça? : a construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal** / Marjorie Marona. - 2013.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena Orsini. LEME, Ana Carolina Reis Paes. **CONPEDI LAW REVIEW** | Braga - Portugal | v. 3 | n. 2 | p. 202 - 218 | JUL/DEZ. 2017.
- SORRENTINO, Luciana Yuki Fugishita. NETO, Raimundo Silvino da Costa. **O acesso digital à Justiça - A imagem do Judiciário Brasileiro e a prestação jurisdicional nos novos tempos**. TJDF, 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acesso-2013-digital-2013-a-justica-a-imagem-do-judiciario-brasileiro-e-a-prestacao-jurisdicional-nos-novos-tempos>. Acesso em 25 set. 2023.

NEOLIBERALISMO E VIRADA TECNOLÓGICA: ANÁLISE SOBRE AS ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS (ODRs)

Clenderson Rodrigues da Cruz¹
Geovanna Rodrigues S. Camargos²

RESUMO

A tentativa de implementação do movimento de socialização no ordenamento jurídico pátrio foi deturpada pela lógica neoliberal, inaugurando, o chamado neoliberalismo processual. Nesse sentido, o mencionado paradoxo estatal aplicado ao processo parte de pressupostos de celeridade e eficiência processual a qualquer custo, uma vez que almeja seguir a lógica de mercado. Assim, para tal razão não é interessante a diminuição da litigiosidade, mas a diminuição de gastos e dos números de demandas em detrimento da mínima técnica processual e observância das garantias constitucionais. Doutro lado, tem-se a virada tecnológica, melhor dizendo, o uso da tecnologia aplicado ao processo civil, destacando-se a inteligência artificial. Nesse ínterim, vislumbra-se as *online dispute resolutions* – ODRs, plataformas utilizadas para a resolução de demandas online, como, por exemplo, a plataforma Modria que já chegou a resolver mais de sessenta milhões de conflitos por ano. Acrescente-se que as ODRs tem sido cada vez mais utilizadas na esfera pública, especialmente, no judiciário. Observa-se que as ODRs, inteligência artificial concebida para o sistema privado e transplantada para a esfera pública, podem estar a serviço da racionalidade neoliberal, caso não sejam realizadas as devidas adequações e observadas as garantias constitucionais. Além do mais, o déficit informacional e a falta de transparência podem induzir a parte hipossuficiente a realizar acordos, ainda mais quando esses acordos são realizados com litigantes habituais.

Palavras - chave: direito processual civil; virada tecnológica; neoliberalismo; resolução de demandas virtuais.

INTRODUÇÃO

Os influxos de um modelo estatal neoliberal no Brasil se deram, precipuamente, na década de 1990 capitaneados pelos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso. O neoliberalismo, apesar de sua amplitude de conceituações, é um modo de governamentalidade que afeta tanto o modo de vida das pessoas, seus comportamentos, a maneira que passam a exercer suas profissões, quanto às diversas áreas do saber. A doutrina neoliberal possui um conjunto de pensamentos e práticas que, sobretudo, visa a propagação da lógica de mercado, com preceitos de produtividade, eficiência, a defesa do indivíduo como ser de si próprio em detrimento do coletivo, a meritocracia, dentre outros, assim como visa a pacificação social para

¹ Doutor em Direito Processual. Pela PUC Minas. Professor da Universidade de Itaúna e da Faculdade de Pará de Minas.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

a aplicação e propagação de sua razão. Nesse sentido, a área jurídica também, por óbvio, foi cooptada por essa lógica, questão esta que é, por muitas vezes, normalizada e defendida por muitos juristas, ante, por vezes, o desconhecimento do assunto.

Com a implementação do neoliberalismo no Brasil, ocorreu, no ordenamento jurídico pátrio, o chamado de *pseudo-socialização* do processo ou, o que se denomina, neoliberalismo processual. Em melhores palavras, na tentativa de se internalizar o movimento de socialização do processo no direito processual brasileiro, este sofreu degenerações e, portanto, se distanciou daquele modelo processual outrora pensado por Menger, Klein e Bülow, o qual também carece de críticas. Cabe acrescentar que este movimento foi difundido nacionalmente pelo professor Cândido Rangel Dinamarco.

Assim, sob a égide do neoliberalismo processual, passou-se a exaltar a figura de um juiz, sujeito dotado de um intelecto superior às demais pessoas, para a pacificação social, mas sobretudo para a propagação e defesa dos interesses de mercado, mesmo que desconhecido por este. Igualmente, sob o argumento de morosidade do judiciário, é defendido um processo cada vez mais célere, eficiente, mesmo que destituído da mínima técnica processual empregada por todo e qualquer sujeito processual.

Em relação à Virada Tecnológica, atualmente, com um mundo cada vez mais conectado, acentuado pelo advento da Pandemia da Covid-19, pode-se observar a utilização de tecnologias no âmbito do direito, mais especificamente, no direito processual civil. A Virada Tecnológica se caracteriza, sobretudo, pelo uso de tecnologias, entre elas, mais notadamente, a inteligência artificial. O uso da tecnologia visa, por vezes, dar celeridade ao trâmite processual, assim como a utilização de ferramentas que façam trabalhos repetitivos desenvolvidos, habitualmente, por pessoas; a pesquisa de teses que deem melhor chance de sucesso processual para determinado caso jurídico; a prevenção de litígios; dentre inúmeras outras funções que a criatividade humana foi e é capaz de elaborar.

No ordenamento jurídico brasileiro é possível se observar o desenvolvimento e a implementação dessas tecnologias. A título de exemplo, no Supremo Tribunal Federal está em fase de desenvolvimento o projeto Victor, inteligência artificial que visa, no mais, reduzir o tempo de tramitação dos processos.

Nesse mesmo sentido, podemos mencionar a ODR – *Online Dispute Resolution*, termo elaborado para descrever mecanismos e procedimentos de resolução de conflitos *online*, os quais se devem em razão das crescentes relações virtuais e do *e-commerce*. Esses procedimentos utilizados de modo virtual, muitas vezes visam a resolução de conflitos de

maneira célere e em massa, sem contar que são, habitualmente, usados e desenvolvidos por grandes empresas.

No Brasil, por exemplo, podemos citar o site *consumidor.gov*, plataforma que visa resolver conflitos entre consumidores e as respectivas empresas diante de relações de consumo. Cabe salientar que essas resoluções de conflitos virtuais são, em um primeiro momento, intermediadas por inteligência artificial.

Assim, se perquire: A utilização da ODR – *Online Dispute Resolution* - poderia estar à serviço da lógica neoliberal? O que se supõe verdadeiro, vez que se infere da inteligência artificial em questão pode se utilizar de um discurso pacificador para que a racionalidade de mercado se naturalize e aparentemente apazigue os conflitos sociais. Acrescente-se que se tem por objetivo pesquisar se a adoção da ODR pode auxiliar na diminuição da litigiosidade. Assim, como se é capaz de auxiliar na diminuição das assimetrias processuais. E se pode induzir a realização de certos tipos de acordo que favoreçam grandes litigantes.

Desse modo, o presente artigo adota como marco teórico o Processo Jurisdicional Democrático, ideia desenvolvida por Dierle Nunes, e a obra *Teoria Geral do Processo* escrita por Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia.

Por fim, a partir de pesquisa bibliográfica, documental e utilização do método hipotético-dedutivo, propõe-se, em um primeiro momento, o estudo do neoliberalismo, especificamente, no ramo processual civil, de seu paradigma processual, qual seja, a *pseudo-socialização* do processo, considerando o modelo estatal neoliberal vigente. Após, será analisada a virada tecnológica e sua conceituação, além de expostas algumas tecnologias utilizadas tanto por juristas quanto no judiciário, enfatizando-se o uso da *Online Dispute Resolution* (ODR), objeto central do presente estudo. Por fim, visa-se analisar os influxos da doutrina neoliberal sobre a virada tecnológica, especialmente, no que concerne à *Online Dispute Resolution* (ODR).

1 NEOLIBERALISMO COMO *LOCUS* DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

De acordo com Dardot e Laval (2016, p.7), “o neoliberalismo não é apenas uma ideologia, um tipo de política econômica. É um sistema normativo que ampliou sua influência ao mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida”. Nesse sentido, não podemos dizer que o neoliberalismo é mero desdobramento do liberalismo, uma vez que este, em sua concepção clássica, visava somente à limitação do poder

do governante, que, diga-se de passagem, posteriormente, se tornará cada vez mais problemático, em razão da defesa da propriedade privada e do livre-mercado.

Menciona Chomsky (1999, p.9) que o neoliberalismo ou também conhecido como Consenso de Washington:

é um conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla e por eles mesmos implementados de formas diversas – geralmente, nas sociedades mais vulneráveis, como rígidos programas de ajuste estrutural.

No Brasil, assim como em toda a América Latina, as políticas neoliberais começam a surgir no final da década de 1980 e início de 1990 com uma série de relatórios e recomendações, principalmente, do Fundo Monetário Internacional - FMI e do Banco Mundial. Durante o referido período, esses países passavam por dificuldades financeiras em razão da dívida externa que possuíam. Nesse sentido, com o fito de “auxiliar” esses estados mais vulnerabilizados, o Banco Mundial propôs medidas de reformas do sistema judiciário para melhor atender aos interesses do mercado financeiro, desenvolvidas, especialmente, aos países latino-americanos através do chamado Documento nº 319, que possui dentre os seus objetivos, vejamos:

O propósito deste trabalho é definir alguns dos elementos que devem ser considerados durante um processo específico de análise do setor, bem como durante a elaboração de um programa de reforma do Judiciário. Não obstante a impossibilidade de ser produzir uma lista exaustiva de medidas, este relatório discute os elementos necessários para assegurar um poder justo e eficiente. **Estes elementos tomados como um todo foram desenvolvidos para aumentar a eficiência e eficácia do judiciário - isto é, sua habilidade em solver conflitos de uma maneira previsível, justa e rápida. Um governo eficiente requer o devido funcionamento de suas instituições jurídicas e legais para atingir os objetivos interrelacionais de promover o desenvolvimento do setor privado**, estimulando o aperfeiçoamento de todas as instituições societárias e aliviando as injustiças sociais. (grifo nosso).

Alega Nunes et al (2021, p. 111) que *“tais propostas de reforma, defendidas pelo Banco Mundial, privilegiavam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado”*. Dessa forma, essas medidas sob a aparência e discurso de eficiência e celeridade do Judiciário, visam a “estabilidade” social para que o mercado possa se desenvolver sem quaisquer balizamentos, garantindo que uma minoria social continue angariando capital.

Nesse influxo, importante frisar que o modelo estatal adotado, influencia diretamente no processo civil. Assim, a tentativa de implementação do movimento de socialização no ordenamento jurídico pátrio culminou em sua degeneração que será chamada de pseudo-socialização do processo ou neoliberalismo processual.

O movimento de socialização do processo, pretendendo, de certa forma, superar os problemas do liberalismo processual, passou, em síntese, a defender um maior protagonismo da figura do juiz. Em sua concepção, o magistrado, dotado de nobre julgar, asseguraria a pacificação social e a resolução dos conflitos sociais. Além do mais, ficaria a cargo do juiz compensar as assimetrias sociais.

Contudo, notoriamente, no sistema jurídico pátrio, o movimento de socialização foi deturpado. Pode-se dizer que as mazelas do neoliberalismo processual, sobretudo, se deram em razão do despreparo de magistrados e todos os sujeitos processuais, assim como dos cursos de Direito ministrados, uma vez que, majoritariamente, formam técnicos e burocratas, ao invés de juristas que pensem de forma profunda e crítica o Direito. Ressalte-se, é claro, que não se deve olvidar a realidade dos países latino-americanos.

Portanto, assim como no movimento de socialização do processo, o papel dos magistrados ganha maior relevância, contudo, como agente da pacificação dos conflitos sociais para propagação da razão neoliberal.

Em vista disso, Nunes et al (2021, p. 112) ao mencionar as reformas com perspectiva constitucional/socializadora, argumenta que *“verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema jurídico processual”*.

Logo conclui-se que a lógica neoliberal aplicada ao processo civil se utiliza de discurso aparentemente socializador para defender um processo, a todo e qualquer custo, célere e eficiente. Ademais, baseia-se em parâmetros de produtividade desmedida no intuito de obter uma pacificação social, a fim de deixar o ambiente propício a interesses mercadológicos. Interesses esses que não vislumbram a diminuição da litigiosidade e, muitas vezes, mitigam garantias processuais e constitucionais.

Ressalte-se que não se defende um processo lento e ineficaz, contudo, é necessário e possível se ter um processo que observe as garantias constitucionais/processuais, ao mesmo tempo respeite o devido processo legal, a razoável duração do processo e a eficácia processual.

É possível observar essa lógica neoliberal, por exemplo, no disposto no art.93, II, alínea “c”, da Constituição. Dispõe o artigo em comento sobre os critérios de promoção dos magistrados, sendo um deste a produtividade. Assim, preocupa-se com a quantidade de sentenças, despachos e decisões proferidos pelos magistrados à qualidade destas. Acrescente-se ainda as inúmeras resoluções do Conselho Nacional de Justiça - CNJ nesse mesmo sentido,

possuindo inclusive um programa chamado Justiça em Números³ que, por si só, é auto sugestivo.

Outrossim, frise-se que mesmo com a criação de mecanismos processuais que visam a sumarização da cognição e, conseqüentemente, a resolução mais célere das lides sociais, à exemplo da criação da Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais, há, de acordo com o Anuário da Justiça⁴ (2022) 80 milhões de processos judiciais em trâmite, dos quais 74% (setenta e quatro por cento) tramitam na Justiça Comum. Ademais, o referido anuário menciona que: “*Em média, significa que para cada três brasileiros vivos, há uma ação em tramitação no Judiciário*”.⁵

Destarte, é possível se verificar que o neoliberalismo agravou a litigiosidade do sistema judiciário brasileiro, bem como a agrava os abismos sociais, o que, ironicamente, é o oposto do que se prega ou ao menos tenta se vender da ideia da lógica neoliberal.

2 A VIRADA TECNOLÓGICA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

A Virada Tecnológica se baseia na utilização de um aparato tecnológico no âmbito do Direito, no presente caso, especificamente, no campo do direito processual civil. Além do mais é de se destacar o uso da inteligência artificial.

A tecnologia usada no Direito não é somente uma ferramenta que visa a modificação do meio, como, por exemplo, a digitalização dos autos físicos ou o processo eletrônico, à exemplo do Processo Judicial Eletrônico - PJE, mas um novo modo de se ver e fazer o processo, modificando práticas até então costumeiras dos sujeitos processuais, assim como a revisão de institutos processuais e, por conseguinte, um novo modo de resolução de conflitos. Por essa razão o nome Virada Tecnológica. Fato é que não se pode olvidar a centralidade da utilização do aparato tecnológico no âmbito processual.

Conforme salienta Nunes et al (2021, p.145-146), a tecnologia no Direito se dá em três etapas, quais sejam, virtualização, automação e transformação. A primeira etapa é a virtualização do processo consistente na mudança de meio e, conseqüentemente, a modificação

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 03/04/2023.

⁴ ANUÁRIO DA JUSTIÇA. São Paulo: Conjur, 2022. Disponível em: < <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2022/pages/page/5>>. Acesso em: 08/05/2023.

⁵ ANUÁRIO DA JUSTIÇA. São Paulo: Conjur, 2022, p.15. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2022/pages/page/5>>. Acesso em: 08/05/2023.

do modo de emprego dos institutos processuais. A etapa seguinte denominada automação é a dinamização e otimização das atividades repetitivas, como por exemplo, a certificação de prazos processuais nos processos eletrônicos pelo sistema PJE. E, por último, a transformação, que por meio da utilização de inteligência artificial modificou a dinâmica processual, assim como tem alterado a forma de resolução e prevenção de conflitos.

Ressalte-se que a última etapa é também a mais importante em razão do emprego da inteligência artificial – IA. Em que se pese o dissenso quanto ao conceito de inteligência artificial, a Resolução nº 331 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ⁶ em seu art.3º, II, dispõe que:

Art. 3º Para o disposto nesta Resolução, considera-se: (...)

II - Modelo de Inteligência Artificial: conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana.

Se observa do artigo em comento que a inteligência artificial tem como principal objetivo a realização de tarefas humanas, seja ela intelectual ou não. Importante frisar que a mencionada resolução tem por objetivo regulamentar o uso e implementação de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, balizando-a para que se observe os direitos fundamentais, além de que não ocorra nenhum tipo de discriminação. Cabe ainda ressaltar que uma das justificativas da legislação em comento é a agilidade e coerência do processo de tomada de decisão.

Apesar das conceituações do termo inteligência artificial, Nunes et al (2021, p. 130) alega que:

Atualmente, contudo, o modo de atuação da IA é menos relevante para a sua classificação destes sistemas do que os resultados obtidos. Ou seja, o seu objetivo primário não é mais replicar o funcionamento do cérebro humano, mas sim explorar problemas a serem resolvidos e as potencialidades destes sistemas.

Cabe salientar que a inteligência artificial abrange um vasto e diverso campo de conhecimento, tanto no que se relaciona ao seu desenvolvimento quanto a uma área específica para a qual se objetiva a aplicação da determinada tecnologia. Pode-se citar áreas como matemática e ciência da computação em conjunto com o direito ou a pedagogia, por exemplo. Sem contar que a IA pode ser desenvolvida a partir de diferentes modos a depender dos

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332 de 21/08/2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em: 14/05/2023.

resultados almeçados. Nesse sentido, cabe mencionar que existem diversas formas de IAs que decorrem de três grandes ondas, quais sejam: IA simbólica; o *machine learning*; e IA geral e IA superinteligente (Nunes et al, p.364).

Em relação ao uso da inteligência artificial no campo do Direito, com o advento da pandemia do Covid – 19, sua utilização se tornou cada vez mais presente no cotidiano. No âmbito do judiciário brasileiro já se pode observar a utilização dessas tecnologias.

O Supremo Tribunal Federal, a título de exemplificação, opera com três robôs: Victor, Rafa, e a mais recente chamada Vítória.^{7 8} O projeto Victor, por exemplo, foi criado pelo STF em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) para a análise de recursos extraordinários que chegam até o STF, principalmente, para a análise de admissibilidade recursal e classificação de temas de repercussão geral. Uma das justificativas para criação do mencionado robô é a maior eficiência e celeridade processual.⁹

Por sua vez, no Superior Tribunal de Justiça foram implementados o projeto Sócrates 2.0 e o Sistema Athos. O primeiro visa auxiliar na identificação de possível controvérsia jurídica do recurso especial, identificando palavras relevantes do recurso, as quais permitem sua identificação e facilita a identificação dos recursos afetados pelo recurso repetitivo. Douro lado, o Sistema Athos, identifica recursos afetados pelo rito da repercussão geral antes da análise dos ministros do STJ. Além do mais, o sistema aponta divergências e convergência entre entendimentos dos órgãos da corte e casos que versem sobre matéria de notória relevância, assim como distinção ou superação de precedentes qualificados.¹⁰

Saliente-se que, de acordo com pesquisa do CNJ, no ano de 2022 havia 111 (cento e onze) projetos de inteligência artificial desenvolvidas ou em desenvolvimento¹¹, estando

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERREAL. STF finaliza testes de nova ferramenta de inteligência artificial. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507120&ori=1>>. Acesso em: 13/05/2023.

⁸ “A presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Rosa Weber, assinou na tarde desta quarta-feira (17/5) a Resolução 800/2023, que autoriza a incorporação da ferramenta Vítória de inteligência artificial (IA) à plataforma STF-Digital. Trata-se de um robô que agrupa processos por similaridade de temas, para identificação de novas controvérsias”. Rosa Weber lança robô VitorIA para agrupamento e classificação de processo. **CONSULTOR JURÍDICO**, 17 de maio de 2023. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-mai-17/rosa-lanca-robo-agrupamento-classificacao-processos>>. Acesso em: 10/06/2023.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral, Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>>. Acesso em: 13/05/2023

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram a gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>>. Acesso em: 14/05/2023.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça 4.0: Inteligência Artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/>>. Acesso em: 14/05/2023.

presente na maioria dos tribunais, com vista, precipuamente, a diminuir o grande acervo processual no sistema judiciário brasileira, assim como dar celeridade ao trâmite processual.

É possível ainda identificar a inteligência artificial na esfera da advocacia para dar maior eficiência e rapidez às tarefas humanas. Nesse sentido, alega Melo que a firma de consultoria McKinsey estima que 23% (vinte e três por cento) do trabalho jurídico pode ser automatizado.¹²

Na Advocacia Geral da União (AGU), por seu turno, foi implantado o Sistema Sapiens, ganhador da 17ª Edição do Prêmio *Innovare*. Menciona a autarquia que: “*O principal ativo tecnológico da AGU consiste no Sistema Sapiens, responsável por apoiar toda a produção jurídica interna, bem como por controlar fluxos e processos administrativos.*”¹³

Pode-se observar também a empresa *Softplan* que oferece serviços de inteligência artificial para prestação de serviços advocatícios no Brasil como, por exemplo, o protocolamento de petições *online*, autopreenchimento de contratos e gestão de processos judiciais. Além do mais, há IA criada para análise legal que auxilia na adequação de argumentação para um determinado juiz, como é o exemplo do programa *CaseText*. Do mesmo modo, existem ferramentas de elaboração de petições, como o *LegalMation* e o *RockerLawyer* (Nunes et al, 2021, p. 457).

Portanto, é notório a quantidade de IA para as mais diversas funções cotidianas ligadas à advocacia, sejam estas tarefas burocráticas ou cognitivas. Neste ínterim, vislumbra-se que algumas atividades podem se tornar obsoletas, resultando em um mercado de trabalho, no que tange à advocacia, ainda mais competitivo e seletivo, o que, diga-se de passagem, pode aumentar as assimetrias processuais e sociais. Ressalte-se que a lista de IA's criadas para o âmbito do Direito têm crescido e que as citadas acima são meros exemplificadores, não tendo o condão de exauri-las.

Nesse influxo, é importante salientar que um dos tipos de inteligência artificial que mais crescem no ramo do Direito são as *online dispute resolutions* – ODRs, pois é notório a expansão do comércio de produtos e serviços *online*, assim como o surgimento de conflitos a partir da utilização destes. Ademais, nota-se uma crescente virtualização das relações pessoais e comerciais.

As ODRs, como o próprio nome anuncia, são plataformas de resolução de litígios de forma virtual. Essas disputas são intermediadas por inteligência artificial. Importante lembrar

¹² MELO, João Ozório de. Inteligência artificial bate 20 advogados em teste de revisão de contratos. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos>>. Acesso em: 14/05/2023.

¹³ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: < <https://www.gov.br/agu/pt-br/sapiens-1/historico>>. Acesso em: 14/05/2023.

que as ODRs não podem ser confundidas com as ADRs – *Alternative Dispute Resolution*, ou seja, não estão submetidas às técnicas aplicadas às formas alternativas de resolução de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem.

Nas palavras de Nunes *et al* (2021, p.180):

Isso demonstra que ao buscar dimensionar problemas os profissionais da tecnologia, em diálogo com os juristas, conseguem pensar em novas vias que não estariam abarcadas pelo modelo tradicional ADR ou processual jurisdicional, com adaptações procedimentais viáveis, de modo a se perceber que a ODR não pode simplesmente ser pensada sob os limites de uma produção de meios já existentes, mas com novas potencialidades desde que respeitem os limites da normatividade e de nosso modelo democrático processual.

Nesse ínterim, as ODRs objetivam resolver diversos litígios em reduzido espaço tempo e à baixo custo, uma vez que as resoluções são feitas por meio de *software*, não havendo custeio de mão de obra humana. Ademais, é possível a captação de um grande número dados, a fim de adaptar a forma de resolução de conflitos e de se conhecer o perfil e comportamento de eventuais usuários, em razão da quantidade de disputas que são solucionadas.

3 ANÁLISE SOBRE AS ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS (ODRs) E O NEOLIBERALISMO PROCESSUAL

O grande movimento de desjudicialização e sumarização da cognição no campo do Direito, em consequência da defesa desmedida dos imperativos de eficiência e produtividade, trazidos pelo neoliberalismo processual, assim como a intensificação das relações virtuais nos últimos anos, dão cada vez mais evidência às ODRs. Além de, muitas vezes, se prestarem à manutenção dos interesses do mercado financeiro.

Acrescente-se que nas palavras de Nunes *et al* (2021, p.181):

Não se pode ainda negligenciar que o interesse que desencadeia a implementação de *ODRs* nem sempre se dá com o propósito de se adotar um ambiente normativamente correto (em devido processo constitucional) para a persecução da auto ou heterocomposição. Ainda não se pode esquecer que muitas vezes a construção de uma plataforma de ODR é levada a cabo pela própria parte envolvida no litígio que, seguramente, de posse de privilégios informacionais, poderá programá-la para favorecer seus próprios propósitos.

As ODRs, inicialmente, foram implementadas no setor privado, contudo, têm sido utilizadas pelo setor público. Pode-se mencionar uma das maiores plataformas de ODR do mundo, a plataforma Modria, criada no início dos anos 2000 por Colin Rule e Chittu Nagarajan para o eBay, a fim de resolver conflitos internos do site, e, posteriormente, vendida para a Tyler

Technologies¹⁴, uma das maiores empresas do ramo nos Estados Unidos. O Modria, como a própria Tyler Technologies alega, já processou mais 60 milhões de conflitos por ano, obtendo solução em 90% (noventa por cento) dos litígios.¹⁵ Acrescente-se que, no Brasil, alguns Procons têm adotado a plataforma Modria para resolução de conflitos relacionados com o direito do consumidor.

Ao se referirem às ODRs, Katsh e Rule (2016, p. 5) alegam que antes mesmo da realização de uma compra online, “*os sistemas de feedback e reputação de um site, permite que os próprios usuários estabeleçam quais vendedores possuem melhores chances de realização de transações bem-sucedidas e, portanto, o menor risco de litígio*” (tradução livre).

Nesse sentido, acrescentam Katsh e Rule (2016, p. 6), ao fazerem menção ao eBay, que a questão não é a quantidade de litígios que podem ser resolvidos, mas maximizar o número de transações bem-sucedidas, sendo a resolução de litígios essencial para aumentar esse número. Além do mais, os mencionados autores alegam que monitorando o comportamento dos usuários, o eBay pode fornecer uma resolução rápida e justa de litígios, encorajando os usuários a se envolverem com outras transações (tradução livre)¹⁶.

Portanto, vislumbra-se que a maior pretensão, mesmo que o usuário da plataforma ou serviço não tenha a solução desejada/adequada para o conflito, é que continuem a utilizar e a engajarem com a plataforma, para que assim o site/empresa possa continuar angariando lucros ou, ao menos, não os percam, uma vez que maior engajamento significa mais disposição para realizarem compras. Assim, essas plataformas são utilizadas para nada menos que fins meramente comerciais.

Doutro lado, pode-se mencionar também os litigantes habituais ou os ditos grandes litigantes, ideia desenvolvida por Marc Galanter. Os *repeat players* são, no geral, grandes

¹⁴ “A Tyler Technologies (NYSE: TYL) é líder em soluções de tecnologia para o Setor Público. Em parceria com seus clientes, a Tyler visa auxiliar o Setor Público – municípios, distritos, estados e outros órgãos governamentais – a ser mais eficiente, acessível e dinâmico na forma como responde às necessidades do cidadão. A nossa base de clientes atual é formada por mais de 15.000 municípios espalhados pelos 50 estados dos Estados Unidos, no Canadá, Caribe, Austrália e em outros países. Em 2017, a revista Forbes incluiu a Tyler em sua lista das “Empresas Mais Inovadoras do Mundo” e a Fortune incluiu a Tyler em sua lista das “100 Empresas de Crescimento Mais Rápido do Mundo”. Modria: uma solução completa da Tyler. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://camesbrasil.com.br/wpcontent/uploads/2019/06/Portuguese-Brochure-Modria-.pdf>. Acesso em: 10/05/2023

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ “The goal is to maximize the number of successful transactions, and resolving disputes is essential to increasing that volume. By monitoring the buying and selling behaviors of users and extending the expertise side of the triangle, eBay can provide fast and fair resolutions that encourage buyers to engage in more transactions.” RULE, Colin; KATSH, Ethan. **What we know and need to know about Online Dispute Resolution**. South Carolina Law Review, 2016. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol67/iss2/10/?utm_source=scholarcommons.sc.edu%2Fclr%2Fvol67%2Fiss2%2F10&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em 11/06/2023.

empresas, as quais possuem uma grande quantidade de demandas perante o Judiciário, além de possuírem recursos financeiros, conhecimento técnico e influência decisória.

À vista disso, Garth e Cappelletti citando Galanter (1998, p. 9), alegam que:

As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

Nesse ínterim, aduz Nunes et al (2021, p. 185) que os muitos dos litigantes habituais, mencionados acima, criam plataformas para resolução de demandas, como *chatbots*, por exemplo, para em conjunto com pesquisa de dados e estimativas calcularem valores de eventuais condenações judiciais. Assim, programam-se para chegar a acordos com valores inferiores ao habitualmente esperado, caso fossem condenados judicialmente.

Portanto, são notórias as assimetrias informacionais e a falta de transparência decorrentes de tais práticas, uma vez que seriam usadas vantagens em face da parte hipossuficiente, pois, na maioria das vezes, não possuem aporte financeiro ou conhecimento técnico-jurídico. Ademais, saliente-se ainda que esses usuários participam dessas resoluções de litígios desacompanhados de advogado.

Além disso, é notório a utilização das ODRs na esfera pública. No âmbito do Judiciário vislumbra-se o que chamamos de tribunais *online*. Assim, é cada vez mais comum a utilização de tecnologias junto ao Poder Judiciário, o que vem modificando a forma como o processo é estruturado e sua aplicação.

Salientam Nunes e Paolinelli (2021, p.5) que a utilização das ODRs no âmbito do Poder Judiciário se deu com base no modelo Modria. Observe-se:

MODRIA e os resultados exitosos produzidos pela introdução de tecnologia na formatação de módulos que, por meio do diagnóstico do conflito, estimulem autocomposição e laborem na frente de prevenção dos conflitos acabaram por inspirar modelos de ODR que possam ser incorporados ao sistema público de justiça.

No Brasil, pode-se mencionar o caso da recuperação judicial da OI/SA, no qual utilizou-se um aparato tecnológico para a realização de milhares de acordos. Além do mais, há um projeto piloto para integração do PJE e a plataforma consumidor.gov, para que possam ser realizadas negociações *online* durante o tramitar do processo judicial. O mencionado projeto, será, primeiramente, adotado no TJDF e TRF1.

Nesse ínterim, ressaltando a importância de tal iniciativa, o Ministro Dias Toffoli, mencionou que 10% (dez por cento) das ações proposta em 2018 versam sobre direito do consumidor¹⁷. Acrescente-se que diversos tribunais do mundo já adotam as ODRs junto ao seu sistema público de justiça.

Evidencia-se que a ODR foi transplantada da esfera privada para a esfera pública. Contudo, faz-se importante alertar para os problemas provindos da utilização das ODRs na esfera pública da mesma forma que vêm sendo implementadas no setor privado, uma vez que este visa atender aos interesses do próprio mercado financeiro. E na esfera pública, como o Judiciário, por exemplo, a questão central é a prestação jurisdicional devida, com observância de princípios constitucionais e processuais. Nesse sentido, pondera Nunes e Paolinelli (2021, p. 11):

os modelos traçados para atender o sistema público de resolução de disputas, não podem partir dos mesmos pressupostos das ODRs do setor privado. E isso porque, tais sistemas se preocupam, precipuamente, com redução de custos e promoção de engajamento nas plataformas para vender mais. Nesse sentido, é importante se atentar que a utilização de ODR para o sistema público de justiça deve possuir design que empodere ambas as partes, o que significa que o criador da ODR deve ser a quarta parte e não alguém que esteja diretamente envolvido no litúgio (com interesse, privilégio econômico e informacional).

Ademais, é necessário lembrar-se das palavras de Nunes (2012, p. 163) sobre a neoliberalização do processo, uma vez que, se observa maior preocupação com a diminuição de demandas judiciais a qualquer custo. Vejamos:

Tal perspectiva processual, aqui denominada “neoliberal”, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art.93, inc. II, alínea “c” CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional” como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos).

Portanto, é de se ressaltar ainda a realidade brasileira, na qual grande parte da população não possui o mínimo de instrução informacional. Além do mais, cabe lembrar que, ao menos na esfera privada, o usuário não possui assistência técnica-jurídica, o que, na esfera pública, como no judiciário, é garantia constitucional (art.133 do CF/88), salvo exceções legalmente previstas, devendo-se também problematizar esse aspecto.

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Projeto piloto marca integração entre PJE e consumidor.gov. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/>. Acesso em: 12/06/2023.

Acrescente-se que as ODRs estão apenas começando a serem implantadas no sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, é necessário se atentar para que a utilização e implementação destas não caminhe mais uma vez para o agravamento dos velhos problemas jurídicos já observados na aplicação e manejo do Direito, o qual se mostra em sentido contrário aos preceitos instituído na Carta Magna. A exemplo do exposto, podemos observar o equívoco aplicação das ADRs que são usadas para o desafogamento do judiciário. Nesse sentido, é de se atentar para o fato de que o uso das tecnologias pode servir à manutenção do *status quo* e alargar as assimetrias e problemas processuais, caso continue operando pela racionalidade neoliberal.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a virada tecnológica no campo do Direito, especialmente, no ramo do direito processual é um caminho sem volta, em razão da virtualização das relações. Contudo, é de se observar a lógica neoliberal que domina a estrutura estatal vigente, uma vez que a racionalidade de mercado, predisposta nos pressupostos de celeridade e eficiência, têm permeado o Direito.

Nesse sentido, a questão central passa-se de uma prestação jurisdicional devida para a resolução rápida de litígios. Assim, a utilização das ODRs pode estar a serviço dessa lógica neoliberal de apaziguamento das relações sociais e não a diminuição da litigiosidade, pois como mencionado podem ser usadas para a indução de acordos, muitas vezes enviesados.

Ademais, podem ser utilizadas vantagens de recursos financeiros, informacionais e jurídicos por grandes litigantes para maior sucesso processual contra litigantes desprovidos de tais vantagens e, muitas vezes, ao menos assessoramento jurídico adequado, o que só alarga as assimetrias processuais e também sociais.

Pontue-se, por fim, que a mudança de meio, por si só, não melhora ou resolve instantaneamente os problemas jurídicos há muito perpetuados antes da virada tecnológica, podendo, inclusive, agravá-las, caso não sejam devidamente sanadas e questionadas.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: < <https://www.gov.br/agu/pt-br/sapiens-1/historico>>. Acesso em: 14/05/2023.

ANUÁRIO DA JUSTIÇA. São Paulo: Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2022/pages/page/5>>. Acesso em: 08/05/2023.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: em: 14/05/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 03/04/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça 4.0: Inteligência Artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/>>. Acesso em: 14/05/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Projeto piloto marca integração entre PJE e consumidor.gov. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/>. Acesso em: 12/06/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332 de 21/08/2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em: 14/05/2023.

CHOMSKY, Noam; JORGENSEN Jr., Pedro (trad.). **O Lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002.

CAPPELETTI, Mauro; GATH, Bryant; NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian; ECHALAR, Mariana (trad.). **A Nova Razão do Mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. 1ª.ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

MELO, João Ozório de. Inteligência artificial bate 20 advogados em teste de revisão de contratos. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos>>. Acesso em: 14/05/2023.

Modria: uma solução completa da Tyler. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpcgclclefindmkaj/https://comesbrasil.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Portuguese-Brochure-Modria-.pdf>. Acesso em: 10/05/2023

NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático**: Uma análise Crítica das Reformas Processuais.1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Juspodivm, 2021.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. **Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, E-acesso à Justiça e seus paradoxos no Brasil**. Revista de Processo, 2021. Disponível em: <https://www.academia.edu/45607938/NOVOS_DESIGNS_TECNOL%C3%93GICOS_NO_SISTEMA_DE_RESOLU%C3%87%C3%83O_DE_CONFLITOS_ODR_E_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_E_SEUS_PARADOXOS_NO_BRASIL>. Acesso: 12/06/2023.

SILVA, Jordeilson de Lana. **Manual Específico para TCC em formato de Artigo**. Pará de Minas. FAPAM, 2021.

Rosa Weber lança robô VitorIA para agrupamento e classificação de processo. **CONSULTOR JURÍDICO**, 17 de maio de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-17/rosa-lanca- robo-agrupamento-classificacao-processos>>. Acesso em: 10/06/2023

RULE, Colin; KATSH, Ethan. **What we know and need to know about Online Dispute Resolution**. South Carolina Law Review, 2016. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol67/iss2/10/?utm_source=scholarcommons.sc.edu%2Fclr%2Fvol67%2Fiss2%2F10&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em 11/06/2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERALEAL. STF finaliza testes de nova ferramenta de inteligência artificial. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507120&ori=1>>. Acesso em: 13/05/2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral, Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>>. Acesso em: 13/05/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram a gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>>. Acesso em: 14/05/2023.

APONTAMENTOS CRÍTICOS E JURÍDICOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Fabício Veiga Costa¹
Vinicius Matheus dos Santos Pereira²
Lucas Lopes Alves Silva³

RESUMO

A Exceção de Pré-executividade é um instituto jurídico relevante no processo civil brasileiro, permitindo ao executado questionar vícios e ilegalidades na execução fiscal ou civil antes da penhora de bens. Sua origem remonta à jurisprudência e foi influenciada por Pontes de Miranda em 1966. A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas enfatizando a igualdade no processo civil. Este mecanismo oferece uma resposta rápida, sem exigir garantias ou prazos estritos, com base na documentação disponível, em conformidade com o direito de acesso à justiça. No entanto, a falta de regulamentação clara gera incertezas no sistema jurídico. A Exceção de Pré-executividade é adequada para questões de ordem pública, mas a definição das matérias que podem ser alegadas varia na doutrina, abrangendo desde questões processuais até aquelas com provas pré-constituídas. Quanto aos efeitos, existe divergência sobre sua capacidade de suspender o processo, dependendo da interpretação do magistrado. Em resumo, a Exceção de Pré-executividade é uma ferramenta valiosa para a defesa dos executados, mas sua aplicação requer regulamentação clara e uniforme para garantir o acesso eficaz à justiça no contexto das execuções fiscais e civis no Brasil.

Palavras-chave: Exceção de pré-executividade; Jurisprudência; Acesso à justiça; Dilação probatória; Matérias Alegáveis.

1. INTRODUÇÃO

A Exceção de Pré-executividade é um instituto jurídico de extrema relevância no âmbito do processo civil brasileiro. Trata-se de um mecanismo que permite ao executado, mesmo antes da penhora de seus bens, questionar vícios e ilegalidades no processo de execução fiscal ou civil, sem a necessidade de oferecer garantias ou aguardar o curso da ação principal. Este artigo visa analisar criticamente e discutir os aspectos jurídicos desta importante ferramenta processual.

2. A GÊNESE E OS FUNDAMENTOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

¹ Pós-doutorado em Direito pela UFMG. Pós-Doutorado em Psicologia pela PUC Minas. Doutor em Direito pela PUC Minas. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

³ Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas

O instituto da Exceção de Pré-Executividade é um fenômeno jurídico no Brasil, pois não encontra previsão legal específica. Trata-se de uma forma de defesa no contexto das execuções, caracterizada por dispensar a necessidade de garantias junto ao juízo. Sua origem remonta à doutrina e à jurisprudência, sendo reconhecida por seu caráter eminentemente defensivo e incidental. Foi o eminente jurista brasileiro Pontes de Miranda quem contribuiu de forma significativa para a consolidação desse instituto. Em 1966, a Companhia Siderúrgica Mannesmann, enfrentando uma série de processos de execução em diferentes estados do país e até mesmo pedidos de falência, todos fundamentados em títulos com assinaturas falsas de um de seus diretores, solicitou um parecer jurídico. Naquela época, a legislação exigia a prestação de garantia para contestar uma execução, o que colocaria a companhia em uma situação inviável, dado o grande número de execuções em curso e processos de falência pendentes. A necessidade de garantir a execução de todas essas demandas para, posteriormente, alegar a nulidade das assinaturas falsas tornava a situação praticamente insolúvel. Foi nesse contexto que Pontes de Miranda elaborou o parecer que lançou luz sobre a Exceção de Pré-Executividade, tornando-a mais notória. Embora o instituto já existisse, o renomado jurista é reconhecido como principal propulsor desse tipo de defesa. Suas reflexões e contribuições ajudaram a sedimentar a importância desse mecanismo, que se revelou fundamental para a defesa dos direitos dos executados em um contexto de execuções injustas ou viciadas.

O Processo Civil desempenha um papel fundamental como instrumento processual para a aplicação das leis civis, incluindo aquelas relacionadas a questões tributárias. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como a "Constituição Cidadã", o Código de Processo Civil passou por significativas transformações. Isso ocorreu principalmente devido à impossibilidade de desconsiderar as prerrogativas de cidadania do acusado.

Os dispositivos presentes no artigo 5º, incisos LIV e LV, conferem a todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, uma série de garantias constitucionais que foram posteriormente consolidadas na legislação infraconstitucional. No entanto, uma das questões mais debatidas na doutrina, originada dessas reformas e que é abordada neste trabalho, diz respeito à equiparação, em termos de garantias processuais, entre a Exceção de Pré-executividade e os embargos do devedor no contexto da execução.

A relevância desse tema é notável, uma vez que não se pode negar aos cidadãos comuns os avanços processuais que surgiram após a promulgação do artigo 5º, caput, da Constituição.

Este artigo estabelece o princípio da igualdade, que exige o tratamento igualitário de todas as pessoas perante a lei.

Portanto, é imperativo que não se permita que aqueles que são injustamente alvo de execução tenham que recorrer a um processo longo e dispendioso, como os embargos do devedor, para fazer valer seus direitos. Isso se torna ainda mais evidente quando não há dúvidas sobre a validade de suas alegações.

A Exceção de Pré-executividade representa uma forma singular de defesa disponível para a parte executada em processos de execução. Essa ferramenta se destaca pela sua capacidade de oferecer uma resposta eficaz sem a necessidade de um prolongado processo de dilação probatória. Seu alicerce jurídico encontra-se no direito fundamental de acesso à justiça, conforme estabelecido nos artigos 5º, XXXIV, "a", e XXXV da Constituição Federal.

No entanto, é relevante destacar que a falta de regulamentação clara da Exceção de Pré-Executividade e a divergência doutrinária quanto aos seus efeitos no processo de execução geram incertezas e inseguranças no sistema jurídico. É necessário um esforço por parte do legislador para clarificar e regular de forma mais precisa esse instituto, de modo a garantir uma aplicação uniforme e coerente em todo o sistema de justiça.

3. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E DILAÇÃO PROBATÓRIA

A Exceção de Pré-Executividade, embora não tenha uma regulamentação específica na legislação, é reconhecida e aceita pela jurisprudência, o que a torna uma forma peculiar de defesa por parte do executado. Diante dos diversos conceitos elaborados por renomados doutrinadores, podemos defini-la como uma petição descomplicada e sem formalidades excessivas, utilizada pelo executado, sobretudo no contexto dos processos de execução. Seu propósito principal é apresentar ao magistrado questões que, se acolhidas, poderiam levar à extinção do processo, evitando assim a necessidade de recorrer aos embargos à execução.

No passado, a exceção de pré-executividade possuía particular relevância devido à exigência de garantia prévia do juízo para a interposição dos embargos à execução, conforme estipulado no CPC anterior. Essa exigência levava muitos advogados a adotar essa estratégia quando a defesa se restringia a questões que o juiz poderia identificar de ofício. Todavia, o novo CPC dispensou a necessidade de prévia garantia do juízo para os embargos à execução, o que reduziu a importância dessa estratégia. Mesmo assim, a exceção de pré-executividade continua a ser uma opção vantajosa em circunstâncias específicas, uma vez que não está sujeita a prazos

e não implica a obrigação de arcar com as despesas processuais ou os honorários advocatícios em caso de rejeição, desde que sejam observados os requisitos previamente mencionados.

Sem dúvida, a apresentação de uma exceção de pré-executividade pode se mostrar uma estratégia de relevância em determinadas circunstâncias. Anteriormente, essa abordagem era particularmente útil devido ao fato de que, no antigo Código de Processo Civil, a apresentação de embargos à execução estava condicionada à prévia garantia do juízo. Isso levava muitos advogados a optarem por não apresentar embargos quando a defesa se limitava a questões que o juiz poderia identificar por iniciativa própria. Em vez disso, eles preferiam ingressar com uma exceção de pré-executividade, já que esse instituto não estava claramente previsto na legislação e, portanto, não demandava a antecipação de garantias ao juízo.

Apesar do novo Código de Processo Civil ter eliminado a necessidade de garantias antecipadas para embargos à execução, ainda existem situações em que a apresentação de uma exceção de pré-executividade pode ser vantajosa. Existem duas razões principais para considerar essa estratégia.

Primeiramente, a exceção de pré-executividade não está sujeita a prazos. Isso significa que, mesmo se você perder o prazo para apresentar os embargos à execução, ainda terá a oportunidade de oferecer uma defesa por meio da exceção de pré-executividade, contanto que a questão em pauta seja passível de apreciação direta pelo juiz e não requeira a produção de provas. Em segundo lugar, se o juiz rejeitar a sua exceção de pré-executividade, você não será obrigado a arcar com as despesas processuais ou honorários advocatícios. Isso ocorre porque a exceção de pré-executividade não possui a natureza de uma ação e, portanto, não está sujeita às mesmas regras de fixação de honorários em caso de indeferimento. Portanto, apresentar uma exceção de pré-executividade pode ser uma estratégia processual sensata.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. CANCELAMENTO DA CDA. VERBA HONORÁRIA. NÃO CABIMENTO.

1. É cabível a condenação do exequente ao pagamento de honorários de sucumbência quando o acolhimento da exceção de pré-executividade conduzir à extinção total ou parcial da execução, em homenagem aos princípios da causalidade e da sucumbência.

2. Hipótese em que se apresenta incabível a fixação de verba honorária em favor dos ora agravantes, uma vez que a extinção da execução fiscal se deu por cancelamento da CDA, e não como resultado da exceção de pré-executividade, que foi rejeitada nas instâncias ordinárias, tendo sido o recurso especial não conhecido e posteriormente julgado prejudicado por perda de objeto.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl na PET no REsp n. 1.864.834/PE, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 24/8/2023.)

Do ponto de vista do procedimento, a apresentação de uma exceção de pré-executividade é relativamente simples. Você elabora uma petição simples e a protocola nos autos da execução ou do cumprimento de sentença. Não há necessidade de atribuir um valor à causa, uma vez que não se trata de uma ação. O juiz notificará a parte contrária (ou exequente) para se manifestar e, em seguida, proferirá uma decisão. Essa decisão pode ser de natureza interlocutória ou uma sentença, dependendo do desfecho da exceção de pré-executividade. Se a execução for extinta, a decisão se configura como uma sentença, passível de recurso de apelação. Caso contrário, trata-se de uma decisão interlocutória, sujeita a recurso de agravo de instrumento.

Como o próprio nome sugere, a Exceção de Pré-executividade constitui uma forma incomum de apresentar a defesa por parte do executado em processos de execução. Esse mecanismo é destinado à discussão de questões que não demandam a produção de provas, evitando, assim, a chamada "dilação probatória". Em termos jurídicos, a Exceção de Pré-executividade é classificada como um incidente processual, caracterizado por dispensar a necessidade de oferecer garantias ao juízo e por poder ser apresentado em qualquer estágio do processo, não estando sujeito a prazos peremptórios para sua protocolização.

A ausência de dilação probatória implica que a matéria alegada na Exceção de Pré-executividade deve ser tratada de imediato, com base na documentação apresentada pelo executado, sem a necessidade de produzir evidências adicionais. Isso se aplica, por exemplo, a questões que o juiz pode conhecer de ofício, a matérias de ordem pública, a situações que podem ser completamente comprovadas por meio de documentos pré-existentes ou que sejam exclusivamente de natureza jurídica.

A Exceção de Pré-executividade surge como um meio de acesso ao Poder Judiciário, permitindo que os executados debatam questões que não exigem a dilação probatória, sem a obrigação de realizar um depósito judicial do valor em execução ou de fornecer garantias, requisitos exigidos para a oposição de embargos à execução fiscal. Embora não haja uma legislação específica que regule a Exceção de Pré-executividade, essa prática é amplamente reconhecida tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina. Além disso, sua apresentação encontra respaldo na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que estabelece: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

É fundamental destacar que a mera apresentação da Exceção de Pré-executividade não suspende a execução nem impede a realização de atos que visem a assegurar o patrimônio do

executado. A suspensão da execução só ocorre mediante o oferecimento de garantias, por ordem do juízo ou nos casos previstos no artigo 151 do Código Tributário Nacional (CTN).

4. MATÉRIAS POSSÍVEIS DE ALEGAÇÃO VIA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade, conhecida também como objeção de pré-executividade, constitui uma forma peculiar de defesa disponível ao executado no decorrer da execução ou no cumprimento de sentença. Sua finalidade primordial consiste em submeter ao escrutínio do magistrado determinadas questões que, em teoria, poderiam ser detetadas de maneira inerente pelo próprio juiz. De forma mais direta, trata-se de uma estratégia defensiva que não se encontra explicitamente contemplada nas disposições do Código de Processo Civil (CPC), sendo uma construção que se fundamenta nas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

A fim de que a exceção de pré-executividade seja admitida, é necessário satisfazer dois requisitos principais, um de ordem material e outro de caráter formal. O requisito material estabelece que o executado somente poderá se valer desta exceção para questionar matérias passíveis de identificação automática pelo julgador, sem que haja a necessidade de provocação por parte das partes. A questão deve estar pronta para análise. Quanto ao requisito formal, este estabelece que a questão abordada na exceção não deve depender de produção probatória suplementar, ou seja, a prova relativa a tal questão já deve estar à disposição, sem requerer uma investigação adicional.

Um debate intrigante gira em torno da possibilidade de o executado alegar o pagamento da dívida por meio da exceção de pré-executividade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece que o executado pode utilizar essa exceção para sustentar o pagamento da dívida, mesmo que tal matéria não seja, em regra, passível de conhecimento automático pelo juiz. Esse entendimento denota uma flexibilização dos critérios tradicionais da exceção de pré-executividade, visto que a comprovação do pagamento geralmente não é uma questão passível de identificação imediata pelo juiz. Nesse contexto, ocorre uma mitigação dos requisitos convencionais.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelece que a exceção de pré-executividade é uma via adequada para a análise de questões de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício. Essas questões incluem os pressupostos processuais, as condições da ação e eventuais

defeitos objetivos do título executivo relacionados à sua certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não exijam a produção de provas adicionais.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a Exceção de Pré-Executividade é cabível para discutir questões de ordem pública na Execução Fiscal, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória. 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1190812/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 02/03/2011)

São variados os cenários nos quais a exceção de pré-executividade pode ser empregada, incluindo: Alegação da liquidez do título. Alegação da inexigibilidade da obrigação. Alegação da inexecutabilidade do título. Alegação da legitimidade das partes (executado ou exequente). Alegação da prescrição, tendo em vista que o CPC permite que o juiz conheça dessa matéria independentemente de provocação.

Com o passar do tempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência evoluíram na aceitação da Exceção de Pré-Executividade. Passou-se a considerá-la admissível não apenas nos casos em que a matéria era de ordem pública ou o juiz tinha o dever de conhecê-la de ofício, mas também quando existia prova pré-constituída das alegações feitas pelo executado. O critério-chave para determinar a admissibilidade da Exceção de Pré-Executividade passou a ser a presença ou ausência dessa prova pré-constituída. (DIDIER JR., 2010).

Da mesma forma, Alberto Camiña Moreira argumenta que na Exceção de Pré-Executividade, o executado pode apresentar qualquer argumento de defesa, contanto que haja evidências pré-existentes, sem a necessidade de seguir critérios relacionados à natureza de ordem pública ou àquelas que o juiz deva conhecer de ofício.

Por sua vez, LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO E DANILO KNIJNIK Sustentam a posição de que a exceção é admissível somente em situações que envolvam questões de ordem pública, passíveis de serem identificadas pelo juiz de ofício.

5. EFEITOS JURÍDICOS DA SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE O PEDIDO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Após a apresentação da Exceção de Pré-Executividade, surge a necessidade de conceder ao exequente a oportunidade de se manifestar, em conformidade com o "Princípio do

Contraditório". No entanto, a questão referente ao prazo para essa manifestação permanece em aberto devido à falta de regulamentação. Nesse contexto, Didier sustenta que é responsabilidade do magistrado estabelecer um prazo razoável para a manifestação da parte. Caso contrário, o artigo 185 do Código de Processo Penal entra em vigor, impondo um prazo de 5 (cinco) dias para a prática de atos processuais pela parte (DIDIER JR. 2010).

Porém, em relação aos efeitos gerados no processo com a apresentação dessa petição, a doutrina diverge consideravelmente. Alguns argumentam que a Exceção de Pré-Executividade tem a capacidade de suspender o processo, enquanto outros defendem que é impossível suspender a execução apenas por meio dessa ação.

De acordo com a perspectiva de Nelson Rodrigues Netto, o procedimento executivo só pode ser suspenso mediante as situações claramente estabelecidas no artigo 791 do Código de Processo Civil. Este rol restrito engloba exclusivamente os embargos à execução, o que implica que a suspensão da execução através da Exceção de Pré-Executividade é considerada inadmissível.

Colaciona-se, por oportuno, as seguintes palavras:

Atualmente, após o novo regramento dos embargos à execução, esses não tem mais efeito suspensivo automático nem pressupõem a prévia penhora, motivo por que a discussão precisa se retomada, agora sob outros matizes. (...) Parece que a lógica do sistema é a seguinte: a defesa do executado, em qualquer de suas modalidades, pode ser oferecida sem previa garantia do juízo, mas não suspende o procedimento executivo, salvo se forem preenchidos quatro pressupostos: requerimento do executado, garantia do juízo, verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Não há razão para que o regramento da exceção de não-executividade fuja deste esquema. (DIDIER JR. 2010)

No entanto, é importante destacar que a falta de regulamentação específica sobre a Exceção de Pré-Executividade cria um normativo descartável que pode levar a diferentes interpretações. Portanto, esta questão pode depender, em última análise, do entendimento do magistrado e das especificações específicas de cada caso.

No geral, a discussão sobre os efeitos da Exceção de Pré-Executividade é complexa e reflete a necessidade de uma orientação mais clara para esse instituto no ordenamento jurídico. Enquanto isso, a interpretação e podem variar, deixando espaço para diferentes pontos de vista na doutrina e aplicação específicas.

6. CONCLUSÃO

Conforme observamos nas diferentes perspectivas da doutrina. No entanto, é essencial ressaltar que a Exceção de Pré-Executividade desempenha um papel crucial no sistema jurídico brasileiro, oferecendo uma via alternativa para a defesa dos direitos dos executados em processos de execução fiscal ou civil.

Ao permitir que a execução de questões de vícios e ilegalidades no processo de execução antes mesmo da penhora de seus bens, esse instituto promove o acesso à justiça e contribui para a proteção dos princípios constitucionais da igualdade e do devido processo legal. Além disso, a Exceção de Pré-Executividade evita a dilatação probatória em casos nos quais a questão em debate pode ser decidida com base em provas pré-existentes ou de ordem pública.

No entanto, a falta de regulamentação específica e a divergência doutrinária quanto aos seus efeitos geram incertezas no sistema jurídico. Portanto, é imperativo que o legislador brasileiro atue no sentido de esclarecer e regular de forma precisa a Exceção de Pré-Executividade, proporcionando uma aplicação uniforme e consistente em todo o sistema de justiça.

Em conclusão, a Exceção de Pré-Executividade representa uma ferramenta valiosa para a defesa dos direitos dos executados, mas sua aplicação requer maior clareza normativa e orientação, a fim de garantir a segurança jurídica e o acesso eficaz à justiça no contexto das execuções fiscais e civis não Brasil.

5. REFERÊNCIAS.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27/09/2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27/09/2023.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília, DF, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 27/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno do Agravo em Recurso Especial nº 1.566.555/RJ. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1810022&tipo=0&nreg=201300238156&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190401&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 28/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos embargos de declaração na petição no recurso especial. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000510007&dt_publicacao=24/08/2023 Acesso em: 28/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 393. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?cod_doc_jurisp=928659 Acesso em: 28/09/2023.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Volume 5: Editora Juspodvim, 2010

Exceção de pré-executividade. Disponível em:
<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/559549c7a0831.pdf> Acesso em 28/09/2023.

Exceção de pré-executividade. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_10_60.pdf
Acesso em 28/09/2023.

Exceção de pré-executividade na execução fiscal. Disponível em:
<https://ejef.tjmg.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/A-excecao-de-pre-executividade-na-execucao-fiscal.pdf>
Acesso em 28/09/2023.

Exceção de pré-executividade alcance e limites. Disponível em:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19/revista19_144.pdf Acesso em 28/09/2023

Sobre a exceção de pré-executividade. Disponível em:
<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49519/M304.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 28/09/2023

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TEORIA DA CAUSA MADURA:
ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS**

Fabrício Veiga Costa¹
Vinícius Matheus dos Santos Pereira²
Lucas Lopes Alves Silva³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, por meio de detalhada pesquisa doutrinária e jurisprudencial, os aspectos prático-teóricos da denominada Teoria da Causa Madura e sua efetiva aplicação no sistema processual civil brasileiro. Tal instituto traz a possibilidade de o órgão *ad quem* apreciar e julgar os autos a ele remetidos pelo juízo *a quo*, logo após afastar uma decisão terminativa, bem como qualquer outra decisão contaminada por quaisquer das hipóteses previstas no art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil. Através da presente pesquisa serão explanados argumentos contrários à Teoria da Causa Madura, assim como explicar-se-á o posicionamento dos tribunais brasileiros acerca do tema.

Palavras-chave: Teoria da Causa Madura; Órgão *Ad Quem*; Juízo *A Quo*; Decisão Terminativa.

1. INTRODUÇÃO.

Funda-se o objetivo geral do presente trabalho investigar cientificamente e trazer uma análise teórica e prática da Teoria da Causa Madura, sua construção doutrinária e consonância com as leis processuais civis revogadas e a vigente, bem como sua harmonia com o texto constitucional.

Tal instituto traduz-se na hipótese de o órgão *ad quem* imediatamente apreciar e julgar o mérito de uma demanda, se essa for proveniente de uma decisão terminativa e que esteja em “madura” (em pronto estado de julgamento), ou que nela conste outro vício, dentre aqueles dispostos no art. 1.103, §3º do Código de Processo Civil.

Por meio da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, será dissecado o instituto em comento e analisado qual o posicionamento dos tribunais brasileiros sobre sua aplicação. Ademais, será explanado como doutrinadores divergem sobre a teoria e quais seus pontos de

¹Pós-Doutorado em Direito pela UFMG. Pós-Doutorado em Psicologia pela PUC Minas. Doutorado em Direito Processual pela PUC Minas. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

²Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. E-mail: viniciussantos.acad@gmail.com

³Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. E-mail: lucaslas900@gmail.com

argumentação sobre a possibilidade da incidência deste instituto ofender disposições constitucionais pátrias e demais princípios do sistema processual civil brasileiro.

Outrossim, será demonstrado que apesar dos diversos posicionamentos contrários acerca do citado instituto, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no que tange à sua aplicabilidade em determinadas hipóteses, inclusive ocasiões que estendem-se à outros recursos que não seja a apelação, como o agravo de instrumento.

Portanto, em tal cenário propositivo, através de densa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, serão apresentadas reflexões científicas sobre a aplicabilidade da Teoria da Causa Madura, colocando-se em análise o debate sobre a problematização de sua possível violação do princípio do duplo grau de jurisdição, eventual usurpação de competência e supressão de instâncias.

2. A COMPREENSÃO JURÍDICA DA TEORIA DA CAUSA MADURA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

A atual lei processual civil dispõe que o tribunal poderá aplicar a Teoria da Causa Madura nos termos do art. 1.013, §3º, do CPC/15, senão a vejamos *in verbis*:

“Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
(...)
§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:
I – reformar sentença fundada no art. 485;
II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;
III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;
IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação (...)”

Conforme elucidado, a aplicação da teoria da causa madura remete à capacidade atribuída ao juízo *ad quem* de apreciar e julgar, imediatamente, o mérito de uma demanda quando essa for objeto de uma sentença terminativa, ou nas outras três hipóteses previstas no §3º, do art. 1.103, do CPC/15.

Não obstante, insta salientar que a principal condição imposta pelo legislador ao órgão julgador quando for apreciar e decidir uma demanda com incidência da teoria da causa madura é a pronta condição de julgamento, sob a qual a ação deva se encontrar. Logicamente, essa condição de imediato julgamento traduz-se no caráter “maduro” da causa.

Para os doutrinadores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, a teoria tem uma “versão consideravelmente ampliada do §3º do art. 515 do CPC – 1973”, tendo em vista que “não deve o tribunal determinar a devolução dos autos, para que o juiz profira nova sentença: o tribunal deve, ele mesmo, prosseguir e julgar o mérito da causa”. (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 253).

Dessa feita, nota-se que já no Código de Processo Civil de 1973, existia a possibilidade de incidência da teoria da causa madura no recurso de apelação, em casos de demandas extintas sem resolução de mérito, desde que a lide estivesse “madura” e versasse de questão exclusivamente de direito.

Veja-se o art. 515, §3º, do CPC de 1973:

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
(...)
§ 3º Nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Por óbvio, a interpretação que se faz é de que os requisitos para aplicação do instituto apreciado, sob a ótica do CPC/1973, eram cumulativos. Ou seja, não bastava apenas a extinção da causa por sentença terminativa, tampouco estar o processo em pronto estado de julgamento. Desta forma, além dos citados critérios, fazia-se imprescindível que a demanda versasse sobre questão exclusivamente de direito, dispensando, por conseguinte, a dilação probatória.

Na atual lei processual civil, para aplicação da teoria da causa madura, foram dispensados os requisitos cumulativos, de modo que não é mais necessário que a demanda esteja em condição de imediato julgamento e abarque questão exclusivamente de direito. Consoante extração do art. 1.013, §3º do CPC/2015, a pronta condição de julgamento da causa, que está contaminada por um dos vícios descritos nos incisos do citado parágrafo, é suficiente para determinar ao órgão *ad quem* a imediata apreciação e julgamento da causa.

Aprofundando um pouco mais, restou evidente que “o §3º do art. 1.013 do CPC prevê quatro casos de aplicação da regra que permite o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 256).

A primeira hipótese está prevista no inciso art. 1.013, §3, inciso I, que traz a única possibilidade de aplicação da teoria da causa madura disposta no CPC de 1973, na ocasião em que o tribunal dá provimento à apelação e enfrenta o mérito da causa, julgando, desde logo, a ação proposta.

“Assim, extinto o processo sem exame de mérito, pela sentença proferida pelo juiz de primeira instância, poderá o tribunal, ao dar provimento à apelação, adentrar o exame de mérito, preenchidos os pressupostos de aplicação do §3º do art. 1.013 do CPC”. (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 256).

Noutro passo, em análise do inciso II, do §3º, do art. 1.013 do CPC, visualiza-se a possibilidade de o órgão *ad quem*, dar provimento à apelação, decretar nula a sentença que violou regra de congruência e analisar o mérito da ação, decidindo-a, em seguida.

Essa circunstância traduz-se nas decisões em que o magistrado de primeira instância analisa e julga um pedido que sequer havia sido formulado pela parte interessada, ou seja, as decisões de natureza *extra petita*. Na espécie, deve o tribunal anular, tão somente, o tópico da sentença onde houve julgamento que extrapolou os pedidos deduzidos na ação.

Já acerca do inciso III do dispositivo legal, ora analisado, está expendida a situação em que será aplicada a teoria da causa madura quando o tribunal apreciar e julgar o mérito da ação, logo após dar provimento à apelação, quando constatar-se que o juízo *a quo* prolatou uma sentença *citra petita* - aquela que é omissa quanto ao exame e julgamento de um dos pedidos postulados pela parte.

Trata-se da única ocasião em que o órgão *ad quem* não irá invalidar a decisão do juízo *a quo*, tendo em vista que sequer existe uma decisão a ser submetida a tais hipóteses.

A omissão judicial em relação a um pedido faz com que a decisão, nesse ponto, não exista. Porque não há decisão, ela não pode ser invalidada. Não se invalida o que não existe. Nos casos dos incisos II e IV do § 3º do art. 1.013 do CPC, há imposição da sanção de nulidade a sentença que cometa tais *errores in procedendo* - ali, há decisão defeituosa, que precisa ser desfeita. No inciso III, ora examinado, fala-se apenas em ‘constatar a omissão’: não há defeito (não há defeito no que não existe), porque não houve decisão sobre aquele pedido. O tribunal limita-se a reconhecer o fato ‘omissão quanto ao pedido’ e integrar a sentença, julgando o pedido que deveria ter sido julgado.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 258/259).

A última possibilidade de aplicação do instituto objeto da presente pesquisa, encontra respaldo no art. 1.013, §3º, inciso IV, do CPC/15. A citada hipótese dispõe sobre a falta de fundamentação da sentença e o consequente julgamento do mérito da ação pelo tribunal, após dar provimento à apelação e decretar a nulidade da sentença.

Tal regra é interessante pois, o órgão *ad quem* faz um rejuízo da causa, que já foi apreciada e decidida em primeiro grau de jurisdição. Destarte, constatando-se um vício na fundamentação, anula a sentença e julga o mérito daquele processo, logicamente, se encontrar-se em pronto estado de julgamento.

Portanto, observa-se que “para que seja aplicada a teoria da causa madura nos termos do art. 1.013, §3º, I, do CPC, o processo deve estar em condições de imediato julgamento”, pois, “nesse caso, sendo anulada a sentença terminativa, poderá o tribunal passar ao julgamento originário do mérito da ação”. (NEVES, 2022, p. 1.689).

Já nas possibilidades previstas pelos demais incisos do §3º do art. 1.013 do CPC, o que se tem é “uma sentença de mérito viciada anulada pelo julgamento da apelação com a permissão ao tribunal”, onde o órgão *ad quem*, “ao invés de encaminhar o processo novamente ao primeiro grau de jurisdição para prolação de uma nova sentença de mérito”, vai simplesmente “julgar imediatamente o mérito da ação.” (NEVES, 2022, p. 1.692).

3. ANÁLISE DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE DA TEORIA DA CAUSA MADURA.

Conforme bem asseverado, a aplicabilidade da teoria da causa madura no processo civil brasileiro já encontrava esteio no Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 515, §3º, e ainda hoje pode ser utilizada dentro do pátrio sistema processual civil. Ademais, ressalta-se que com a alteração legislativa de 2015, o CPC adotou até mesmo outras hipóteses de cabimento para o instituto, que não constavam no antigo Código de 1973.

Outrossim, há de se mencionar o embasamento constitucional do instituto. Para tanto, a doutrinária se alicerça em diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais, que regem o processo civil, para acatar e construir suas teses acerca da legalidade da teoria da causa madura.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, para esse instituto processual “a regra é, na verdade, consagradora dos princípios da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988; art. 4º, CPC).” (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 253).

Já Daniel Amorim Assumpção Neves aduz que a teoria da causa madura se interessa pela “otimização do julgamento de processos, em nítido ganho de *celeridade* e *economia processual*”, haja vista ser “inegável que o propósito da norma é o oferecimento de uma tutela jurisdicional em menor tempo, com o que presume prestar-se tutela jurisdicional de melhor qualidade”. (NEVES, 2022, p. 1.690).

Ainda nesse sentido, tem-se o entendimento de que a teoria da causa madura “é uma construção doutrinária, com previsão legal no direito brasileiro”, cujo instituto é “fundado nos

princípios da economia processual, celeridade processual e efetividade processual”. Sua efetiva aplicabilidade, conforme já explanado, traduz o “argumento de que dessa forma evitará dilações indevidas e assegurará um provimento jurisdicional de mérito dentro do prazo razoável.” (COSTA. 2020, pg. 155)

Nesse diapasão, nota-se que a teoria em análise possui embasamento não somente na doutrina, mas também em princípios constitucionais e infraconstitucionais, tanto explícitos, quanto implícitos.

Dessa feita, o instituto tanto apresenta-se recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que no CPC/1973 seu campo de aplicação prática era adstrito a hipótese prevista no §3º, do art. 515. Já na mudança legislativa do Código de Processo Civil em 2015, suas possibilidades de aplicação foram ampliadas, excluindo-se o caráter cumulativo e estendendo sua efetiva utilidade a outros recursos e não apenas à apelação.

3.1. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

Acerca da aplicabilidade da teoria da causa madura, nota-se que a jurisprudência brasileira é uníssona em acatar sua efetiva aplicação dentro do sistema processual brasileiro. Conforme asseverado no tópico acima, evidenciou-se que o entendimento dos tribunais são de até mesmo de estender a aplicação do instituto a outros recursos, não afunilando sua aplicabilidade apenas ao recurso de apelação.

Nessa linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça “aceitou a aplicação da regra ao agravo de instrumento (REsp n. 1.215.368-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 1.6.2016, DJe de 19.9.2016).” (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 255).

A propósito, destaca-se, respectivamente, precedentes dos Egrégios Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Estado de São Paulo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO - OMISSÃO - NULIDADE CONSTATADA - APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR ANALOGIA - LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - POSSE VELHA - AUSENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 561, DO CPC - TUTELA DE URGÊNCIA - EMBARGO À OBRA DE VIZINHO - IMPOSSIBILIDADE - AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 300, DO CPC - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. Caso o Agravo de Instrumento esteja hábil para julgamento de questão em que houve omissão pelo Juízo a quo, aplica-se, por analogia, a teoria da causa madura prevista no artigo 1.013, §3º, do CPC, em respeito aos princípios de celeridade e economia processual. Para o deferimento de medida liminar de reintegração nas ações possessórias, o ordenamento jurídico pátrio, no artigo 561 do CPC, impõe a presença dos requisitos

de posse, esbulho praticado pelo réu há menos de um ano e dia, data do esbulho e perda da posse. No caso concreto, tendo o esbulho sido praticado há mais de um ano e dia, não pode a parte desfrutar do procedimento especial, sendo o indeferimento da liminar possessória medida que se impõe. O deferimento da tutela de urgência está condicionado à demonstração simultânea da probabilidade do direito pleiteado, do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como da reversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, do CPC). Não sendo a hipótese de inutilização da prestação jurisdicional buscada até o julgamento definitiva da lide, tampouco evidenciada a plausibilidade da tutela antecipatória pretendida, inviável seu deferimento, demandando a questão maior dilação probatória. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.23.154561-7/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/09/2023, publicação da súmula em 21/09/2023). Grifo nosso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ARRESTO CAUTELAR DE BENS DECRETADO LIMINARMENTE – Pretensão de anulação e de reforma da r. decisão que determinou o arresto cautelar de bens dos agravantes – Pedido de anulação acolhido – Decisão agravada que não se encontra fundamentada, violando os parâmetros do CPC, art. 489, §1º - Nulidade configurada – **Aplicação da teoria da causa madura ao julgamento de agravo de instrumento – Precedente do STJ – Possibilidade de prolação de decisão substitutiva do provimento nulo por falta de motivação idônea (CPC, art. 1.013, §3º, inciso IV)** - Indeferimento do pedido de revogação do arresto cautelar – Hipótese em que estão demonstrados os requisitos que justificam o bloqueio cautelar de bens – Medida cautelar pautada no poder geral de cautela atribuído ao órgão julgador – Inexistência de vedação legal a essa espécie de tutela provisória de urgência – Diferimento do contraditório e da ampla defesa – Presença dos requisitos do CPC, art. 300 e art. 301 – RECURSO PROVIDO, PARA ANULAR A DECISÃO AGRAVADA, POR VICIO DE MOTIVAÇÃO, E COM FUNDAMENTO NA AUTORIZAÇÃO CONTIDA NO CPC, ART. 1.013, §3º INCISO IV, INDEFERIR O PEDIDO DE REVOGACÃO DO ARRESTO CAUTELAR. (TJSP; Agravo de Instrumento 2186758-87.2022.8.26.0000; Relator (a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2022; Data de Registro: 05/10/2022). Grifo nosso.

No que atine à aplicabilidade do instituto ao típico recurso de apelação, a jurisprudência é convergente:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA - EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - INTERESSE DE AGIR - PRESENÇA - SENTENÇA ANULADA - CAUSA MADURA - APLICAÇÃO - MÉRITO - DOAÇÃO VERBAL - IMPOSSIBILIDADE - POSSE PRECÁRIA - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – IMPROCEDÊNCIA.

- O interesse de agir se configura na medida da necessidade, utilidade e adequação do processo.

- Se o processo apresentar condição imediata de julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o seu mérito, conforme previsão do art. 1.013, § 3º, I a IV, do CPC (teoria da causa madura).

- A usucapião extraordinária exige comprovação da posse ininterrupta sobre o bem, mansa, pacífica com animus domini, pelo prazo de 15 anos, além de moradia habitual ou realização de obras ou serviços de caráter produtivo sobre a coisa (CC/2002, art. 1.238). (...) (TJMG - Apelação Cível 1.0000.23.006924-7/001, Relator(a): Des.(a) Ramom Tácio, 16ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 21/09/2023, publicação da súmula em 22/09/2023). Grifo nosso.

REMESSA NECESSÁRIA - NÃO CONHECIMENTO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEIÇÃO - SENTENÇA - OMISSÃO NO EXAME DE UM DOS PEDIDOS - RECONHECIMENTO - APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA - AÇÃO DE COBRANÇA - MUNICÍPIO DE TARUMIRIM - AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE - LEIS FEDERAIS N. 11.350/2006, N. 12.994/2014 E N. 13.708/2018 - APLICABILIDADE IMEDIATA - PISO SALARIAL NACIONAL - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA - PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS.

- Em havendo interposição de recurso voluntário pelo ente público municipal prejudicado pela sentença, cujo valor da condenação, a toda evidência, não ultrapassará o limite de 100 (cem) salários mínimos, tem-se por despicinda a remessa necessária.

- Impõe-se a rejeição da preliminar de cerceamento de defesa quando a prova testemunhal requerida afigura-se inútil ao deslinde da controvérsia, sobretudo em se considerando que houve produção de prova técnica nos autos, apta a aferição da questão controvertida.

- A sentença que não enfrenta um dos pedidos formulados pelo autor e devidamente impugnado pelo réu, relativo ao pagamento do piso salarial nacional, possui vício de omissão, que deve ser sanado diretamente nesta instância revisora, nos termos do art. 1.013, § 3º, inciso III, do Código de Processo Civil, pela aplicação da Teoria da Causa Madura.

- Conforme dispõe a Lei Federal n. 11.350/2006, com alterações dadas pelas Leis n. 12.994/14 e n. 13.708/2018, é obrigatória a observância do piso salarial nacional para os agentes comunitários de saúde.

- Constatando-se que a parte autora, ocupante do cargo público de Agente Comunitária de Saúde, percebeu valores abaixo do piso salarial nacional instituído à categoria, impõe-se a parcial procedência dos pedidos iniciais, para condenar o ente público municipal ao pagamento das diferenças salariais devidas, acrescidas dos reflexos. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.23.079251-7/001, Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/09/2023, publicação da súmula em 21/09/2023).

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. OMISSÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS POR CONTA DE TERCEIROS E MEDIANTE REMUNERAÇÃO. LEI Nº 11.442/07. DESCARGA DO VEÍCULO. ATRASO COMPROVADO. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MULTA DECOTADA.

1. A interposição de recurso especial ou de agravo em recurso especial não obsta o prosseguimento do feito, porque tais espécies recursais não se revestem de efeito suspensivo ope legis e a elas não foi atribuído, de forma excepcional, efeito suspensivo ope judicis.

2. Nos termos do art. 1.013, § 3º, III do CPC, constatada a omissão no exame de um dos pedidos pela sentença, o Tribunal pode desde logo apreciá-lo se o processo estiver em condições de imediato julgamento, por força da aplicação da teoria da causa Madura.

3. O art. 11, § 5º da Lei nº 11.442/07, estabelece o prazo máximo de 5 (cinco) horas, contadas a partir do momento de chegada do veículo no endereço de destino, para que seja concluída a sua carga ou descarga, de modo que, comprovado o atraso, impõe-se ao embarcador o pagamento de indenização pelas diárias de viagem perdidas pelo transportador.

4. A multa por oposição de embargos de declaração deve ser aplicada apenas quando constatado o evidente abuso do direito de defesa da parte, protelando indevidamente o curso do processo, a despeito de qualquer fundamento fático ou jurídico idôneo para justificá-los.

5. Sentença parcialmente reformada. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.056431-8/008, Relator(a): Des.(a) Fausto Bawden de Castro Silva (JD Convocado), 9ª

CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/09/2023, publicação da súmula em 21/09/2023).

Noutro passo, a teoria também é aplicada ao recurso ordinário, dispondo de expressa previsão legal nesse sentido, consoante taxativa disposição contida no art. 1.027, §2º, do Código de Processo Civil.

“Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário:

(...)

§2º Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1.013, §3º, e 1.029, §5º.”

Há também a compreensão de que a teoria da causa madura aplica-se ao recurso inominado nos Juizados Especiais e, indo mais além, Gervásio Lopes Jr. “entende que a aplicação do instituto é possível em todos os recursos, salvo os embargos de declaração.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 255).

Inobstante, faz por bem esclarecer que a jurisprudência do STJ acatou a utilização da teoria não apenas dentro do processo civil, mas também existe sua prática aplicabilidade dentro de processos de outros ramos jurídicos, como o próprio processo penal.

Para tanto, faz necessário que seja afastada uma questão prejudicial ou preliminar, que não permitiu a apreciação do mérito pelo órgão jurisdicional de primeira instância, podendo o juízo *ad quem*, pois, examinar o mérito da lide de forma imediata, desde que a mesma esteja “madura” para julgamento.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS. EXTINÇÃO DO PROCESSO APÓS ENCERRADA A INSTRUÇÃO E APRESENTADAS AS ALEGAÇÕES FINAIS. JULGAMENTO DE MÉRITO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Conforme entendimento firmado pelo o Superior Tribunal de Justiça, aplica-se ao processo penal a Teoria da Causa Madura, segundo a qual, uma vez afastada questão preliminar ou prejudicial que impediu o exame do mérito pelo Juízo de primeira instância, poderá o Tribunal estadual examinar de imediato a acusação, desde que haja elementos nos autos para isso. Precedentes.

II - Estando a causa pronta para julgamento, com o fim da instrução processual, não se constata nenhuma ilegalidade na imediata análise do mérito da acusação pelo Tribunal de origem, após afastada a extinção de processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 45, § 2º, da Lei n. 12.594/2012.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 681.631/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.). Grifo nosso.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, C/C O ART. 12, I, AMBOS DA LEI N. 8.137/1990. SUPERADA NULIDADE RECONHECIDA NO JUÍZO DE 1º GRAU. PEDIDO

EXPRESSO EM APELAÇÃO PARA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, aplica-se ao processo penal a Teoria da Causa Madura, segundo a qual, uma vez afastada questão preliminar ou prejudicial que impediu o exame do mérito pelo Juízo de primeira instância, poderá o Tribunal estadual examinar de imediato o mérito da controvérsia, quando já realizada audiência de instrução e apresentadas alegações finais pelas partes, tal como ocorrido na espécie. (AgRg no HC n. 705.607/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.) 2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 796.009/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023.). Grifo nosso.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS. EXTINÇÃO DO PROCESSO APÓS ENCERRADA A INSTRUÇÃO E APRESENTADAS AS ALEGAÇÕES FINAIS. JULGAMENTO DE MÉRITO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento firmado pelo o Superior Tribunal de Justiça, aplica-se ao processo penal a Teoria da Causa Madura, segundo a qual, uma vez afastada questão preliminar ou prejudicial que impediu o exame do mérito pelo Juízo de primeira instância, poderá o Tribunal estadual examinar de imediato a acusação, desde que haja elementos nos autos para isso. Precedentes.

2. No caso, a causa estava pronta para julgamento, porque a instrução estava encerrada e as partes tinham apresentado alegações finais. Desse modo, não se constata nenhuma ilegalidade na imediata análise do mérito da acusação pelo Tribunal de origem, após afastada a extinção de processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 45, § 2º, da Lei n. 12.594/2012.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 681.622/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022.). Grifo nosso.

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. ART. 218-A DO CP. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA PARA ABSOLVER O RECORRIDO. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. INOCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE DE REFUTAR DIRETAMENTE RAZÕES DA PARTE QUANDO SE PODE CONCLUIR QUE HOUVE ADOÇÃO DE ENTENDIMENTO DIVERSO PELO QUE CONSTOU DO JULGADO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU, APÓS CONSTATADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, ANTE SENTENÇA CONDENATÓRIA POR FATOS NÃO CONTIDOS NA DENÚNCIA. 2.1) VIOLAÇÃO AO ART. 25, III, DA LEI N. 8.625/93. INOCORRÊNCIA. INÉRCIA DA ACUSAÇÃO NA ADOÇÃO ESPONTÂNEA DE MUTATIO LIBELLI. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE RETORNO DOS AUTOS. 2.2) RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU. MUTATIO LIBELLI PROVOCADA. FACULDADE. 2.3) **TEORIA DA CAUSA MADURA. CABIMENTO. ART. 1.013, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC. ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. 3) VIOLAÇÃO AO ART. 1.013, § 3º, DO CPC. JULGAMENTO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.** 4) VIOLAÇÃO AO ART. 155, CAPUT, E AO ART. 202, AMBOS DO CPP. CONDENAÇÃO. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, VEDADO CONFORME SÚMULA

N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. 5) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem que aponta os motivos do seu convencimento ao apreciar tese da parte não incorre em omissão, sendo certo que não está obrigado a refutar diretamente todos os pontos deduzidos quando das razões expostas se possa concluir, por dedução lógica, pelo não acolhimento do ponto.

2. Conforme art. 384, caput, do CPP, o exercício da *mutatio libelli* é atribuição espontânea, de ofício, da acusação.

2.1. Diante da inércia da acusação, não há que se falar em violação ao seu direito de promover a ação penal pública constante no art. 25, III, da Lei n. 8.625/93.

2.2. Conforme o art. 384, § 1º, do CPP, a *mutatio libelli* também pode ser exercida de forma provocada pelo magistrado. Constatada ausência de *mutatio libelli* e ofensa ao princípio da correlação pela sentença condenatória, **o Tribunal de origem pode tanto decidir sobre o mérito da condenação como é praxe de julgamento do recurso de apelação quanto anular a sentença e provocar a *mutatio libelli*.**

2.3. Em reforço, a Teoria da Causa Madura, constante no Código de Processo Civil - CPC, aplicável no ponto por força do art. 3º do CPP, expressamente preconiza que o Tribunal deve decidir desde logo o mérito quando decretar nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (Art. 1.013, § 3º, II, do CPC).

3. O prequestionamento admitido por esta Corte se caracteriza quando o Tribunal de origem emite juízo de valor sobre determinada questão, englobando aspectos presentes na tese que embasam o pleito apresentado no recurso especial. Assim, uma tese não refutada pelo Tribunal de origem não pode ser conhecida no âmbito do recurso especial por ausência de prequestionamento. 3.1. No caso em tela, o Tribunal de origem não analisou a tese de ocorrência de julgamento extra petita.

3.2. “Mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias. Súmulas 282/STF e 356/STF” (AgRg no AREsp 1229976/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/6/2018).

4. No caso em tela, o acolhimento do pleito de condenação demandaria o reexame fático-probatório, providência vedada conforme Súmula n. 7 do STJ, porquanto as instâncias ordinárias com base na prova produzida, incluindo a palavra da vítima, atestam que os fatos descritos na denúncia não ficaram comprovados.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 1.731.183/BA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/10/2019, DJe de 7/10/2019.). Grifo nosso.

Em suma, o que restou claramente evidenciado é o fato de que a jurisprudência pátria faz extensa utilização da teoria da causa madura, que embora tenha sido originariamente construída para ser aplicada ao recurso de apelação, atualmente abrange quase todos os recursos conhecidos e tem aplicabilidade nos mais diversos ramos jurídicos.

3.2. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS E O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Neste tópico e nos seguintes, serão analisados alguns argumentos que contrariam a utilização da teoria da causa madura e sua possível incompatibilidade com o texto

constitucional e com a estrutura processual democrática, problematizando, pois, o debate sobre a (in) constitucionalidade da teoria da causa madura.

Ab initio, quando se fala da supressão de instâncias na incidência do instituto analisado, firma-se na compreensão de que a aplicação da teoria da causa madura “desencadearia a supressão de instâncias judiciais”, na lógica de que “no momento em que o tribunal profere o julgamento do mérito, que originariamente seria do órgão de primeiro grau de jurisdição”, estaria o órgão *ad quem* retirando “a possibilidade da parte sucumbente apelar”. Dessa maneira, ao sucumbente, na hipótese de aplicabilidade da teoria da causa madura “não será garantido o direito de apelar, podendo apenas interpor os recursos típicos para instância extraordinária (recurso especial e recurso extraordinário).” (COSTA, 2020, p. 156).

Já no que atine ao duplo grau de jurisdição, que é um princípio constitucional implícito, decorrente da interpretação das normas de organização do judiciário e versa sobre a aptidão conferida ao órgão *ad quem* de reexaminar à decisão objeto de recurso. Assim como nas argumentações expendidas acerca da possível supressão de instâncias, quando da aplicabilidade da teoria da causa madura, aduz-se que a utilização do instituto “no julgamento de mérito do recurso de apelação limita as possibilidades de recursos cabíveis pelas partes sucumbentes.” (COSTA, 2020, p. 156). Nesse sentido, se fosse conferida às partes a possibilidade de ver sua demanda apreciada e julgada originariamente pelo órgão de primeira instância, ainda existiria a hipótese de o(s) sucumbente(s) recorrer(em) da sentença com todos os instrumentos processuais disponibilizados para tanto - apelação e embargos de declaração.

3.3. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

De maneira coerente com as teses supra apresentadas, o argumento de que a aplicação da teoria da causa madura no caso concreto estaria usurpando competência também é crítico à possibilidade de utilização do instituto no processo civil brasileiro.

Tal entendimento baseia-se na inteligência de que, atuando o tribunal nas hipóteses dispostas no §3º, do art. 1.013 do CPC, este estaria “usurpando a competência para julgamento do mérito da pretensão deduzida, uma vez que a competência originariamente estabelecida em lei seria do órgão de primeiro grau.” Com essa compreensão, os aqueles que defendem essa tese dizem que “o correto seria o tribunal reconhecer a nulidade da sentença terminativa” e, logo após fazê-lo, “remeter os autos para o primeiro grau de jurisdição, onde haveria o julgamento do mérito em razão de sua competência originária.” (COSTA, 2020, p. 155-156).

4. CONCLUSÃO.

No trâmite do presente trabalho, o que pode-se concluir é que a teoria da causa madura, embora esteja amparada pela legislação processual civil vigente também é geradora de considerável divergência doutrinária.

Consoante argumentos apontados no presente trabalho, constata-se que a doutrina cada vez mais debate e problematiza a aplicabilidade do instituto. Os estudiosos do tema dispõem sobre sua eficácia e celeridade quando utilizada, mas também acerca da possível violação de normas que regem o sistema processual brasileiro.

Inobstante a dissonância doutrinária sobre o assunto, o que se comprovou é que o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou e ainda recepciona cada vez mais a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura, naqueles casos em que não exista mais nenhum ato processual a ser praticado pelo órgão *ad quem*, senão o julgamento de mérito.

Em suma, tão recepcionada foi a teoria da causa madura, que sua aplicabilidade vem sendo recorrentemente estendida aos mais diversos recursos e ramos do direito, como o próprio processo penal. Conforme explanado, tal interpretação não é somente jurisprudencial, mas também legislativa, em vista das próprias extensões de aplicação da teoria, inexistentes no CPC/1973 e trazidas pela lei processual civil de 2015.

5. REFERÊNCIAS.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24/09/2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24/09/2023.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília, DF, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 24/09/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.23.006924-7/001. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000230069247001. Acesso em: 24/09/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível/Rem Necessária nº 1.0000.23.079251-7/001. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsplistaProcessos=10000230792517001. Acesso em 24/09/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.20.056431-8/008. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000200564318008 Acesso 24/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.731.183/BA. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800653508 Acesso em 24/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no HC nº 681.631/SC. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102282910 Acesso em: 24/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no HC nº 796/009/SP. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202300019844 Acesso em 24/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no HC nº 681/622/SC. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102282605 Acesso em 24/09/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo Interno nº 1.0000.23.154561-7/001. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000231545617001 Acesso 24/09/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo Interno nº 2186758-87.2022.8.26.0000. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=AA5C2A2DC608663C2ED6A0CA3C4C818D.cjsg1>. Acesso em 24/09/2023.

COSTA, Fabrício Veiga. PRINCÍPIOS REGENTES DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Ensaios de uma Teoria Geral do Processo Civil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COSTA, Fabrício Veiga. LIQUIDEZ E CERTEZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 14.ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

A Teoria da Causa Madura no Processo Penal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-teoria-da-causa-madura-no-processo-penal/1842349447> Acesso em 24/09/2023.

Teoria da Causa Madura nos Tribunais Superiores. Disponível em: [file:///C:/Users/vmdsp/Downloads/ANWAR%20MOHAMAD%20ALI%20-%20Teoria%20da%20Causa%20Madura%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vmdsp/Downloads/ANWAR%20MOHAMAD%20ALI%20-%20Teoria%20da%20Causa%20Madura%20(1).pdf) Acesso em 24/09/2023.

Aplicabilidade da Teoria da Causa Madura ao Agravo de Instrumento. Disponível em: <https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/f2f9b322-7af1-4645-a709-73a15201f515/content> Acesso em 23/09/2023.

A Problemática do Contraditório e da Decisão Surpresa na Aplicação da Teoria da Causa Madura. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2859/2779> Acesso em 23/09/2023.

A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS EM LICITAÇÕES E OS IMPACTOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sílvia dos Santos Macedo¹
Cid Capobiango Soares de Moura²

RESUMO

O presente artigo aborda a prática de conceder exclusividade a entidades sem fins lucrativos em processos licitatórios no Brasil. Inicialmente compara-se a exclusividade destinada às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte em relação a limitação de participação em benefício das entidades sem fins lucrativos. Desta partida, apresenta-se as vantagens fiscais conferidas a essas entidades e como isso pode afetar a competição justa em licitações, de modo que se faz necessário abordar os princípios da isonomia, competitividade, eficiência e economicidade, e como a exclusividade pode comprometê-los, especialmente considerando os privilégios gozados pela personalidade jurídica objeto de estudo. Outro ponto analisado é o impacto potencialmente negativo no mercado brasileiro e possível cenário econômico, incluindo a redução na arrecadação de tributos, o desincentivo ao mercado produtivo e a criação de empregos, bem como o desenvolvimento de produtos e tecnologias. O objetivo deste estudo é analisar os impactos decorrentes das licitações destinadas exclusivamente às entidades sem fins lucrativos perante o interesse público. Para tal fez-se necessária uma pesquisa bibliográfica realizada por um processo de aquisição de conhecimento e desenvolvimento de raciocínio crítico quanto a realidade e possíveis cenários prejudiciais à Administração, por meio da qual concluiu-se a necessidade de proibição de publicações de instrumentos convocatórios que limitem a participação de empresas que possuem atividades com fins lucrativos. Deste modo, para atingir os objetivos de estudo propostos neste estudo, utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica, cuja análise baseou-se no tipo interpretativa-crítica.

Palavras-chave: Licitações; Direito Administrativo; Entidades Sem Fins Lucrativos; Princípios.

1 INTRODUÇÃO

A licitação é um procedimento fundamental para a Administração Pública ao buscar contratar serviços e adquirir bens de forma transparente e eficiente. Entretanto, a eficiência pode ser comprometida no diz respeito à exclusividade concedida a entidades sem fins lucrativos em processos licitatórios.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM.

² Especialista em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas.

Este artigo científico explora os impactos da participação exclusiva de tais entidades, examinando suas implicações sob várias perspectivas, desde as vantagens fiscais concedidas a essas entidades e como isso pode impactar a competição justa no processo licitatório, bem como o possível impacto negativo na economia brasileira decorrente da preferência por entidades sem fins lucrativos em detrimento de empresas com fins lucrativos. Isso inclui a redução na arrecadação de tributos, o desincentivo ao mercado produtivo e a criação de empregos, bem como o desenvolvimento de produtos e tecnologias.

Além disso, são analisados os princípios da isonomia e da competitividade, essenciais para a integridade e eficiência das licitações públicas, e como a exclusividade pode comprometê-los. Ainda em seara principiológica, discute-se como a exclusividade de entidades sem fins lucrativos pode afetar os princípios da eficiência e da economicidade na Administração Pública. A falta de competição e a possibilidade de escolher fornecedores com base em critérios que não são estritamente relacionados à qualidade dos serviços prestados podem comprometer o interesse público.

Isto posto, o presente estudo busca fornecer uma análise abrangente dos impactos da exclusividade de entidades sem fins lucrativos em licitações, destacando os desafios que essa prática pode representar para a busca de contratações que respeitem os princípios constitucionais pautados e garantam o interesse público.

2 OBJETIVOS

Objetiva-se abordar os efeitos e prejuízos causados à Administração em decorrência da participação exclusiva de entidades sem fins lucrativos em licitações, analisando-se, ainda, os possíveis critérios para sua participação e princípios constitucionais relacionados.

3 METODOLOGIA

Foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica com a finalidade de analisar os impactos tanto na Administração Pública quanto no mercado financeiro em decorrência da participação exclusiva de entidades sem fins lucrativos em licitações. Para tal, foi feito um estudo composto por obras de Direito Administrativo, Direito Tributário, Constituição Federal e legislação pertinente.

4 DA EXCLUSIVIDADE E PARTICIPAÇÃO

A licitação é um processo administrativo, prévio à contratação, por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa aos seus interesses, com o objetivo de celebrar um contrato com o vencedor do certame.

Contudo, ainda que o processo licitatório seja aberto aos licitantes que atendam ao objeto pertinente, algumas licitações possuem caráter exclusivo, isto é, a participação de possíveis licitantes aos processos licitatórios é limitada em razão de sua natureza empresarial. A situação de maior ocorrência é relacionada às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, que, após o advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, possuem o direito de serem as participantes exclusivas de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

A exclusividade destinada às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte objetiva principalmente o desenvolvimento das categorias e estímulo à participação mediante este benefício de caráter equitativo, posto que, considerando as possibilidades tanto financeiras quanto visualmente comerciais, é certo que empresas de grande porte que possuem vasto capital são mais passíveis de se aventurarem em abaixar os preços em um Pregão, por exemplo.

Deste modo, tendo-se em mente que ME e EPP's logicamente possuem o desejo de um dia expandir suas atividades e se tornarem grandes empresas, a exclusividade em licitações deve ser encarada como um estímulo conferido pela Administração para que seja fomentado o desenvolvimento econômico do mercado brasileiro.

4.1. Licitações exclusivas para entidades sem fins lucrativos

A espécie de vantagem abordada, contudo, é por vezes destinada a outras personalidades jurídicas, que, no entanto, não se encaixam na troca de possibilidades que é visível na relação jurídica existente entre uma licitante de pequeno porte e a Gestão Pública, é o caso da pessoa jurídica objeto de debate no presente estudo: entidades sem fins lucrativos.

Estas, ainda são equivocadamente atreladas à impossibilidade de lucro, contudo, cumpre esclarecer que não há uma vedação de fato contrária a lucratividade, mas sim o impedimento de *superávit* financeiro. É o que dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

[...]

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Cabe ressaltar que esta personalidade jurídica é definida especialmente por caracterizar um grupo de pessoas de objetivam desenvolver atividades de cunho social, profissional, assistencial ou religioso. Desta ótica, há de se questionar: por qual razão a Administração por vezes promove processos licitatórios cuja participação é permitida exclusivamente às entidades sem fins lucrativos?

É certo que há casos específicos em que a única participante de fato deve necessariamente ser uma entidade da natureza pautada, é o caso de pregões que objetivam a contratação de menores aprendizes. Isto, contudo, é pura e simples obediência ao princípio da legalidade, posto que a legislação apresenta rol taxativo ao determinar que a contratação indireta de jovens aprendizes deve ser realizada mediante intermediação de agentes de integração sem fins lucrativos.

Todavia, a Gestão Pública insiste em desacertos ao destinar a mesma lógica de menores aprendizes aos estagiários, por exemplo. É espantosamente comum o desatento da Administração ao publicar instrumentos convocatórios para contratação de Agentes de Integração de Estágios cujo edital veda a participação de empresas e destina o processo licitatórios ao agente integrador sem fins lucrativos. Observa-se o Edital de Pregão Eletrônico nº 12/2020, promovido pelo Ministério Público do Estado de Roraima:

2. DO OBJETO

2.1. A presente licitação tem como objeto a contratação de agente de integração, pessoa jurídica especializada e **sem fins lucrativos**, para facilitar, assessorar e auxiliar no processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Estágio Extracurricular de Nível Superior, desenvolvimento de Estágio Extracurricular de Nível Médio e Técnico Integrado ao Nível Médio, para atender as Promotorias de Justiça das Comarcas do Interior, conforme quantidades e especificações constantes no Anexo I – Termo de Referência do Presente Edital. (**grifo nosso**)

Teoricamente entidades sem fins lucrativos visam fins recreativos, tais como inclusão social, desportivos, científicos, culturais e morais. Deste modo, considerando que agentes de integração de estágio tão somente se relacionam a seleção e recrutamento de estagiários, o objeto parece distinto em relação as finalidades próprias de entidades em fins lucrativos, enquanto em outro passo se assemelha a uma atividade empresarial ordinária, uma vez que atuam tal qual qualquer agente empresarial deste ramo. Ainda no tocante a semelhança em relação a empresas com fins lucrativos que atuam nesta área, uma entidade sem fins lucrativos também iria buscar no mercado estudantes alheios à própria associação, contratando-os

exclusivamente para preencher as vagas previstas no edital, motivo o qual não observa o caráter de assistência social, deste modo, tal prestação de serviço só seria justificável se fosse uma associação cuja finalidade fosse recrutar estagiários comprovadamente de baixa renda ou dentre estudantes deficientes físicos, como forma de promoção social. Vale-se ressaltar que o caráter social não pode ser tido como incontestável e absoluto perante a mera disposição genérica no sentido de promover atividades culturais e educacionais que visem o desenvolvimento cultural, profissional e/ou promoção social.

Neste primeiro exemplo pautado, é evidente que agentes de integração são meros intermediadores na contratação de estagiários, não participando efetivamente do desenvolvimento das atividades educacionais e profissionais, que ficam a cargo do órgão promotor da licitação que, nesta relação, atua como concedente de estágio. Deste modo, a exclusividade neste caso não é pertinente e afeta diversos princípios concernentes ao Direito Administrativo, visto que não há rol taxativo que obrigue a limitação quanto ao licitante participante e tampouco há pertinência quanto ao objeto.

Ademais, esta espécie de artifício usado pelos órgãos, empresas públicas e outros, também se estende aos mais diversos setores do mercado, inclusive aos serviços de saúde. Veja-se o Edital de Seleção nº 001/2022, promovido pelo Município de Betim, em Minas Gerais:

2 - OBJETO

2.1 - Constitui objeto do Presente Edital a seleção de entidade de direito privado sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social, nos termos da Lei Municipal n.º 6.194, de 23 de maio de 2017, e do Decreto Municipal nº 43.007, de 04 de novembro de 2021, para formação de vínculo de cooperação, visando ao fomento e à realização de atividades de interesse público, consubstanciadas na prestação de serviços técnicos especializados, de operacionalização gestão e execução de ações e serviços de saúde, incluindo as obras que se fizerem necessárias à manutenção e ampliação da infraestrutura, das Unidades de Pronto Atendimento das Regiões de Saúde I e II, do município de Betim, com fulcro no Decreto Municipal nº 42.285, de 14 de setembro, de 2020, nas diretrizes da legislação municipal, e, ainda, em consonância com as Políticas de Saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da Secretaria Municipal de Saúde.

Observa-se que os serviços a serem prestadores são de natureza técnica e operacional, que embora sejam de interesse público por se tratarem de serviços de saúde, em nada se conectam à natureza social e por vezes assistencialista que é característica de entidades sem fins lucrativos.

Novamente, não se vislumbra justificativa plausível que fundamente a necessidade quanto a limitação de empresas licitantes do ramo, especialmente como neste último exemplo, que afeta diretamente a população e demanda de instrumento convocatório composto e

metódico, e não de editais que sequer demonstram haver explicação coerente por trás da necessidade de exclusividade destinada à determinadas categorias.

5 BENEFÍCIOS DESTINADOS ÀS INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

É de conhecimento que entidades sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, benefícios esses que reduzem seus custos operacionais. Conforme anteriormente abordado no presente estudo, a personalidade jurídica em questão possui imunidade tributária garantida pela Constituição Federal em seu art. 150, inciso VI, alínea “c”, que confere às entidades sem fins lucrativos determinado benefício sob justificativa de serem auxiliares do Estado quanto às garantias e assistências sociais. Neste sentido corrobora o Professor Eduardo Sabbag:

Trata-se de entidades privadas da sociedade civil, na forma de entes paraestatais, que, prestando atividades de interesse público, por iniciativa privada, não almejam lucro, mas a prática de política assistencialista, ao lado do chamado “primeiro setor”, que é o próprio Estado, e do “segundo setor”, que é o mercado. (SABBAG, 2022)

Isto posto, explana-se que atendidas as disposições legais, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, em relação ao imposto de renda, podem ser imunes ou isentas. Porém, importante destacar que a imunidade é concedida pela Carta Magna, ao passo em que a isenção é disposta em leis ordinárias, como é o caso do CTN.

Para valerem-se de não pagar os impostos, as entidades devem estar alinhadas com as condições dispostas no CTN:

14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:
I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)
II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Para alguns juristas, as vantagens conferidas às entidades sem fins lucrativos devem ser vistas como uma forma de incentivo capaz de equilibrar a balança para com empresas cuja atividade possui fins lucrativos. No entanto, este ideal de justiça financeira adentra em um perigoso campo principiológico.

6 DA ISONOMIA E COMPETITIVIDADE

Atentando-se ao exposto quanto aos benefícios fiscais e previdenciários conferidos às entidades sem fins lucrativos que, por conseguinte, reduz seus custos operacionais, é certo que há clara diferença em relação às licitantes com fins lucrativas que possuem obrigações tributárias que lhe geram dispêndios excedentes.

É importante lembrar que processo licitatório estabelecido na Lei nº 14.133/21, tem como princípio básico, a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração, que abarca a observância de princípios constitucionais e precedência do caráter competitivo, uma vez que quando a gama de licitantes é diversificada, a tendência é que a Gestão Pública seja beneficiada; acontecimento incerto quando há direcionamento, tendo em vista a ordinária quantidade de concorrentes, posto que somente as empresas aptas a atenderem os indevidos requisitos editalícios poderão participar. Sendo assim, há comprometimento na disputa e, conseqüentemente, na busca pelo melhor preço. Pode-se afirmar, portanto, que a condição de participação pautada na obtenção de lucro desconsidera a própria finalidade de um processo licitatório, que se refere à aquisição de produtos e serviços mediante a competição por melhores preços.

Destarte, evidenciando-se a diferença das circunstâncias entre as duas categorias, há de se invocar o princípio da isonomia, que é um dos mais importantes e conhecidos pilares do Direito e amplamente aplicado ao Direito Administrativo, sendo considerado um dos alicerces da licitação. O princípio em questão pode ter sua nomenclatura secundária substituída por “igualdade”, em razão de ser pautado na garantia da Administração em assegurar igualdade entre todos os licitantes interessados em contratar consigo, e trata-se, ainda, de norma constitucional prevista no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal. À vista disso, não se justifica criar critérios e óbices desnecessários impedindo a livre concorrência, a ampliação da competitividade e da igualdade entre os licitantes.

Salienta-se que a exposição referenciada é corroborada por entendimento do Tribunal de Contas da União, Decisão n. 456/2000 (Relator: Min. Benjamim Zymler), conforme segue:

[...] quando aplicada à licitação, a igualdade veda, de modo terminante, que o Poder Público promova discriminações entre os participantes do procedimento seletivo, mediante a inserção, no instrumento convocatório, de cláusulas que afastem eventuais proponentes comprovadamente qualificados.

Pertinente demonstrar que não apenas o princípio da isonomia é ofendido a favor da exigência de contratação de entidade sem fins lucrativos, como também o princípio da impessoalidade, que ordena que a Administração deve pautar-se em critérios lógicos e pertinentes, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas.

De forma complementar, a isonomia também favorece o princípio da competitividade, que pode ser visto como aquele que mais representa a imagem da licitação, posto que a disputa de preços nada mais que é uma competição, que, no entanto, deve ser promovida de forma justa e isonômica. Este princípio é disposto na Nova Lei de Licitações, que compreende:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

Observa-se, portanto, sua indispensabilidade para o bom funcionamento de processos licitatórios e eventual atendimento ao interesse público, afinal, se houver competitividade massiva capaz de reduções de preço expressivas, os cofres públicos são beneficiados e, por conseguinte, a população.

7 IMPACTIOS NEGATIVOS À ADMINISTRAÇÃO

Outrossim, a presente questão também adentra seara econômica, uma vez que as contratações recorrentes de empresas sem fins lucrativos em detrimento de empresas com fins lucrativos podem impactar de forma negativa a economia como um todo, consideradas desde a redução na arrecadação de tributos por parte do próprio Estado, até o desincentivo ao mercado produtivo, à criação de empregos e ao desenvolvimento de produtos e tecnologias aptos a buscarem sua fatia de mercado, em última análise. Tal entendimento decorre do Acórdão n.º 746/2014 do Tribunal de Contas da União:

Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário:

IX – DAS INTERFERÊNCIAS NA ORDEM ECONÔMICA E DO INCENTIVO AO MERCADO PRODUTIVO

119. A ordem econômica vigente no Brasil tem suas bases em dois princípios tratados no caput do art. 170 da Constituição Federal: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Por definição, **a liberdade de iniciativa pressupõe a livre produção e circulação de bens e serviços, exercida por meio da livre concorrência**, ou seja, com a intervenção estatal permitida somente em casos excepcionais, sempre respeitadas a proporcionalidade e a razoabilidade entre os meios empregados e o fim objetivado.

120. Nesse sentido, importa avaliar os impactos que a participação de OSCIP em licitações de forma ampla (...) pode causar à ordem econômica e suas implicações no exercício dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência por parte das empresas constituídas para a exploração da atividade comercial.

[...]

122. Ainda, pode-se incorrer no desestímulo da participação em licitações de empresas de cunho comercial ou no acirramento da busca da titulação de OSCIP por essas empresas, sob o manto da prestação de serviços sociais típicos e perante a desconstituição da sociedade comercial original, no intuito de possibilitar sua participação em licitações em condições mais vantajosas. (grifo nosso)

Portanto, resta evidente que as participações desta categoria em licitações podem ser vistas como prejudiciais à ordem econômica do Brasil, especialmente quando estimuladas. Quando se diz “especialmente” decorre do fato de que quando incentivadas, estas podem enxergar a participação em licitações como principal fonte de subsistência, e, conforme já exposto, isso pode provocar uma série de deficiências econômicas no mercado e no Estado. Assim, o desestímulo ao mercado produtivo, configura risco a ser potencialmente ampliado ao se viabilizar a exclusiva participação de entidades sem fins lucrativos.

7.1. Dos danos aos princípios da eficiência e economicidade

É certo que a Administração, ao promover processos licitatórios, corre riscos quanto à prestação de serviço ou aquisição dos bens, posto que em Pregões, por exemplo, o vencedor do certame é o licitante cujo menor preço foi ofertado. Assim, o controle de qualidade e confiança é usualmente feito por meio de exigência de atestados de capacidade técnica fornecidos por clientes anteriores, esses atestados, no entanto, podem compreender um período de tempo passado que não mais se adequa a situação da empresa, ou talvez o próprio órgão licitante delimite parâmetros facilmente alcançáveis, que podem não garantir realmente uma prestação de serviços satisfatória.

Desta ótica, é certo que, se empresas que têm muito a perder em caso de má prestação de serviços, variando-se desde danificar sua imagem como prestadora de serviços e/ou fornecedora de bens ou impedimento de licitar, o mesmo se aplica às entidades sem fins lucrativos, que via de regra não possuem o mesmo alcance da outra categoria e, logo, não sofre a mesma pressão. É diante desta pressão, por exemplo, que as licitantes com fins lucrativos buscam sempre se atentar ao princípio da eficiência, visto que há muito em risco: seu lucro, sua imagem perante o mercado e a possibilidade de permanência nas relações contratuais com a Administração.

Isto posto, considera-se o princípio da eficiência um dos principais garantidores da observância ao interesse público. Quanto a este pilar da Gestão Pública, dispõe Fernanda Marinela:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum. (MARINELA, 2016)

Assim, o princípio da eficiência preceitua que deve a Administração Pública e seus relacionados prestarem serviços públicos de maneira ágil e hábil, atendendo-se ao interesse da população e mantendo a relação de custo benefício.

Ainda nesta seara, é pertinente também associar o princípio da economicidade, que conforme apresentado pelo site do Congresso Nacional, é aquele que objetiva a minimização dos gastos públicos, sem comprometimento dos padrões de qualidade, e que, ademais, refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição.

Logo, imagine-se uma situação que siga o seguinte raciocínio: uma entidade sem fins lucrativos que de forma imprudente e sem respeito aos seus limites econômicos internos, ofertou o preço mais baixo e ganhou a licitação; contudo, ao não ser capaz de atender ao objeto licitado de forma eficiente, teve o contrato com a Administração encerrado, fato que gerou a inexistência de uma prestadora de serviços substituta imediata e consequente interrupção do acesso à população ao objeto contratual. Seguindo-se desta linha, encontra-se a Administração em uma nova necessidade de licitar, havendo, portanto, mais gastos com o processo licitatório e mais tempo dispendido em desfavor dos interessados.

Deste modo, considerando que a Administração sofra prejuízos decorrentes de uma prestação de serviços de má qualidade que acarrete em encerramento contratual seguido de ausência de prestador de serviço, o dano ao interesse público e ao princípio da economicidade é expressivo.

8 CONCLUSÃO

A prática de conceder exclusividade a entidades sem fins lucrativos em licitações é um tópico um tanto controverso, que deve ser analisado de forma crítica, de modo a apresentar entendimentos que vão além da visão filantrópica atrelada às entidades. Isto posto, foi

necessário analisar os impactos dessa exclusividade sob várias perspectivas, examinando suas implicações no contexto das contratações para com a Administração Pública.

É inegável que muitas das vantagens conferidas às personalidades jurídicas pautadas visam promover o desenvolvimento econômico de determinados setores e garantir a participação de entidades com objetivos sociais e altruístas. No entanto, como demonstrado, a prática quanto a limitação de participação em favor de entidades sem fins lucrativos levanta uma série de preocupações, especialmente considerando que determinados critérios não são observados.

Primeiramente, a exclusividade pode comprometer os princípios fundamentais das licitações públicas, como a isonomia e a competitividade, posto que ao restringir a participação a um grupo específico de entidades, a competitividade é prejudicada, o que pode resultar em preços mais altos e menos eficiência na prestação de serviços.

Destarte, a preferência por entidades sem fins lucrativos pode ter impactos negativos no mercado econômico, incluindo a redução na arrecadação de impostos e o desincentivo ao mercado produtivo. Isso pode afetar a capacidade do Estado de desenvolver e investir em serviços públicos essenciais. Outro ponto de preocupação é a possível falta de incentivo para que entidades sem fins lucrativos forneçam serviços de alta qualidade, uma vez que não enfrentam a mesma pressão competitiva que as empresas com fins lucrativos. Isso pode comprometer os princípios da eficiência e da economicidade na Administração Pública.

A exclusividade de entidades sem fins lucrativos em licitações deve ser cuidadosamente avaliada à luz dos princípios fundamentais e do interesse público. Sabe-se que é essencial buscar um equilíbrio que promova o desenvolvimento econômico e social, ao passo em que assegura a concorrência justa e a eficiência nas contratações públicas. No entanto, tal prática não deve prosperar, uma vez que restringe a competitividade e a isonomia que deve ser garantida aos certames, em flagrante descompasso com os princípios norteadores das licitações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acesso em: 28 de setembro de 2023.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. Niterói: Saraiva, 2016.

A TRANSMISSÃO AO VIVO DAS LICITAÇÕES NA MODALIDADE DE PREGÃO PRESENCIAL

Cid Capobiango Soares de Moura¹
Rafaela Mendonça Alves²

RESUMO

A finalidade desta pesquisa é analisar os atos realizados durante as Transmissões ao Vivo das Licitações na modalidade de Pregão Presencial, abordando os principais desafios em busca da transparência pública e as possíveis medidas preventivas a serem adotadas para combater eventuais fraudes e manipulações nessa modalidade licitatória.

Palavras-chave: Licitação; Pregão Presencial; Publicidade; Transparência Pública.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 14.133/2021 dispôs que as licitações na modalidade pregão devem ocorrer preferencialmente na forma eletrônica, no entanto, quando não for possível essa realização, a lei admite a possibilidade de a licitação ser feita na modalidade do pregão presencial, desde que devidamente motivada, devendo a sessão pública ser gravada em áudio e vídeo conforme art. 17, §2º da Lei 14.133/21.

Ocorre que muitas entidades da administração direta têm editado normas locais e exigido que além da sessão do pregão ser gravada, também deverá ser transmitida ao vivo. Podemos citar como exemplo a Lei Estadual n.º 10.851, de 22 de março de 2019, que dispõe sobre a gravação em áudio e vídeo do processo licitatório e sua transmissão ao vivo, por meio da internet, no Portal da Transparência do Estado de Mato Grosso.

Essa transmissão é realizada por meio da rede mundial de computadores, permitindo que todos os interessados acessem o processo remotamente e acompanhem todas as etapas em tempo real. Isso geralmente é feito por meio de plataformas de streaming ou sites específicos para esse fim. Desse modo, a adoção da transmissão ao vivo das licitações têm contribuído de forma significativa para a transparência e a publicidade dos processos licitatórios, evitando possíveis irregularidades e aumentando a confiança dos cidadãos na Administração Pública.

¹Especialista em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas.

²Pós-graduanda em Direito e graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Tutora das disciplinas virtuais da Faculdade de Pará de Minas.

No entanto, ainda pode-se perceber falhas no procedimento, como possíveis dificuldades de adaptações na infraestrutura tecnológica, possíveis manipulações e fraudes, edições seletivas, violações de privacidade e de informações do procedimento, dentre outras.

Apesar desses diversos desafios que serão enfrentados, ressalta-se que é necessário maior responsabilidade com a transparência total e eficaz dos procedimentos licitatórios, como adotar medidas preventivas de fiscalização, assegurar o fortalecimento dos órgãos de controle e ainda buscar uma maior seletividade dos fornecedores com uma análise mais minuciosa dos documentos e das informações fornecidas nas licitações, bem como, buscar a conscientização dos servidores com treinamentos regulares e o crescimento participativo da população de uma forma geral para ajudar na fiscalização.

Neste sentido, de maneira geral objetiva-se estudar os atos realizados durante as Transmissões ao Vivo das Licitações na modalidade de Pregão Presencial, abordando os principais desafios em busca da transparência pública e das possíveis medidas preventivas a serem adotadas para combater eventuais fraudes e manipulações nessa modalidade licitatória. Assim, optou-se a presente pesquisa pelo procedimento metodológico da análise bibliográfica, sendo utilizados como elementos bibliográficos os manuais de Direito Administrativo, artigos científicos de revistas especializadas, como também as Legislações referentes às licitações e às contratações feitas com a Administração Pública.

2 ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Aspectos Gerais das Licitações e dos Contratos Administrativos

Administração Pública para contratar serviços ou adquirir produtos, encontra-se obrigada a realizar previamente processo de licitação, conforme previsão legal que se extrai do art. 37, inciso XXI da Constituição da República/88, o qual aduz que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

Em análise a legislação vigente e a doutrina moderna, a licitação é, portanto, um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, para estabelecer critérios objetivos em busca de assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Destaca-se que a finalidade da licitação, qual seja, viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público, buscando sempre a proposta mais vantajosa, não induz necessariamente a proposta de melhor/menor preço, uma vez que a melhor contratação nem sempre é a que possui o menor custo para o órgão público.

Assim, para se analisar a proposta mais vantajosa é necessário observar outros critérios de escolha, como o ciclo de vida do objeto, qualidade do bem ou do serviço, matéria-prima, sobrepreço, faturamento, dentre outros fatores que variam de acordo com a necessidade e caracterização do objeto, devendo a Administração Pública realizar esse filtro, observando inclusive em longo prazo se determinada escolha será vantajosa ou se acarretará danos ao erário público, apesar do menor preço.

Noutra senda, em observância ao princípio da isonomia, o artigo 37, inciso XXI da Constituição da República/88, dispõe ainda que as licitações públicas devem buscar sempre assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Neste sentido, as Licitações e os Contratos Administrativos são assuntos de extrema relevância, porque são por meio deles que a Administração Pública dispõe de insumos, materiais, serviços e obras para a realização de suas atividades. Atualmente, esse procedimento administrativo é regulamentado pela Lei nº 14.133/2021 que dispõe sobre as normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.2 Vigência da Lei 8.666/1993 e da Lei 14.133/2021

A Lei n. 14.133/2021 entrou em vigor na data de sua publicação, em 1º de abril de 2021, apresentando vigência imediata. No entanto, conforme determina seu dispositivo legal, art. 193, as demais leis que regem sobre a mesma matéria, não foram imediatamente revogadas, sendo assim, a Lei n. 8.666/93 (antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos), assim como a Lei n. 10.520/02 (Lei do Pregão) e a Lei n. 12.462/11 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações) continuaria vigente por mais dois anos da publicação oficial da Lei nº 14.133/2021.

Diante disso, até o decurso desse prazo de dois anos, a Administração poderia optar por licitar de acordo com a Lei n. 14.133/2021 ou de acordo com o regime anterior (Lei n. 8.666/93). Ocorre que, pouco antes de sua entrada em vigor definitiva, muito ainda se discutia sobre as grandes dificuldades de institucionalização da NLLC, assim, em 31 de março de 2023, foi publicado pelo Governo Federal a Medida Provisória nº 1.167, alterando a Lei nº 14.133/2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/02 e dos arts. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

Desse modo, o art. 193 da Nova Lei de Licitações e de Contratos Administrativos que previa revogação desses dispositivos supracitados até 01 de abril de 2023, foi alterado para o decurso de 30 de dezembro de 2023, possibilitando a milhares de Órgãos Públicos um maior período de adequação e adaptação para a institucionalização da Lei nº 14.133/21.

A Medida Provisória nº 1.167 não apenas buscou a prorrogação do prazo de aplicação da NLLC, como também alterou outros dispositivos para adequarem-se a essa prorrogação.

O art. 191 agora dispõe que até o decurso de prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193 (30 de dezembro de 2023) a Administração Pública terá a opção de escolher licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei nº 14.133/2021 ou ainda, poderá optar por licitar ou contratar de acordo com as Leis 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11.

No entanto, para aqueles que escolherem licitar ou contratar de acordo com o regime antigo, terá que ser atendido alguns requisitos legais, quais sejam: deverá ser feita a publicação do edital ou do ato autorizativo de contratação direta até 29 de dezembro de 2023; a opção escolhida deverá ser expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta; se a Administração Pública optar por licitar de acordo com o regime antigo, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência; sendo ainda vedada a combinação da NLLC com as leis que disponham do regime anterior e que estariam sendo revogadas, podendo optar-se apenas por uma legislação.

3 PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI 14.133/2021 - NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Pregão Presencial

O pregão presencial refere-se como uma das modalidades de licitação prevista na Lei 14.133/2021, mais precisamente nos termos do art. 28, inc. I, sendo essa modalidade

indispensável para a aquisição de bens e serviços comuns, cujos padrões mínimos de qualidade são estipulados de antemão no instrumento convocatório. Atualmente, a licitação, na modalidade de pregão, sempre terá como critério de julgamento, o de menor preço ou o de maior desconto, conforme prevê o art. 6º, XLI da Lei 14.133/2021.

No regime anterior, nos casos em que se admitia a utilização do pregão como obrigatório, essa obrigatoriedade não era prevista na própria lei, mas sim por regulamento, pela Lei nº 10.520/02 e não havia a possibilidade da adoção do critério de maior desconto, como prevê a NLLC.

Conforme prevê o art. 1º da Lei nº 10.520/02, a Administração Pública fica autorizada a realizar licitação na modalidade de pregão presencial quando se tratar da aquisição de bens e serviços comuns, os quais os padrões de desempenho e de qualidade são objetivamente definidos pelo edital, por meio das especificações usuais no mercado.

Esclarecidos os principais aspectos relacionados à modalidade de pregão presencial, passamos a analisar o pregão eletrônico.

3.2 Pregão Eletrônico

A respeito da modalidade de licitação, na forma de pregão, pode-se dizer que o pregão eletrônico já vem sendo obrigatório na esfera federal desde 2019, de acordo com o art. 1º, §1º do Decreto Presidencial nº 10.024/19, mesmo e apesar de a Lei nº 10.520/02 estabelecer esse critério como facultativo.

Assim, a Lei 14.133/2021 prevê expressamente nos termos do art. 17, §2º e § 5º que as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que seja motivada, e ainda que na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, sendo que esta gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

Nesta senda, verificam-se as vantagens que a Administração Pública terá quanto à realização do pregão na forma eletrônica, pois, o procedimento licitatório dará efetividade aos princípios da celeridade, da transparência, da publicidade e da economicidade, que veremos mais à frente.

Lado outro, o pregão eletrônico é um procedimento utilizado pela Administração Pública tendo como principal característica a realização da licitação por meio de plataforma

eletrônica, o que possibilita inclusive a participação de fornecedores de todo o país, assim, o princípio da publicidade, tema principal desta pesquisa, está relacionado ao pregão eletrônico no que se refere à obrigação de divulgar amplamente todas as informações relacionadas ao processo de licitação por meio eletrônico.

A efetivação deste princípio garantirá a transparência do processo licitatório e a igualdade de oportunidades entre os interessados em participar, vez que ele este determina que todas as informações relevantes sobre o pregão eletrônico sejam devidamente divulgadas de forma ampla, clara e acessível a todos os interessados.

É importante ressaltar que a publicidade no pregão eletrônico também está relacionada ao princípio da impessoalidade, que determina que as decisões devam ser tomadas com base em critérios objetivos e imparciais, sem privilegiar ou discriminar qualquer participante. Portanto, a publicidade nessa modalidade de licitação colabora para o controle social sobre os atos administrativos públicos e para a garantia de uma gestão pública mais transparente e eficiente.

3.3 Diferenças práticas entre o pregão presencial e o pregão eletrônico

O pregão presencial e o pregão eletrônico são duas modalidades semelhantes e conforme já exposto, são utilizadas para a aquisição de bens e serviços por Órgãos Públicos.

O pregão presencial é realizado de forma física, em um local específico, onde os licitantes se reúnem para apresentar suas propostas e lances, pessoalmente na data e horário marcados previamente por edital. Durante uma sessão, são realizados os lances verbais entre os participantes e o pregoeiro é quem acompanha e conduz o pregão, realizando a avaliação e a classificação das propostas.

Já o pregão eletrônico é realizado por meio de uma plataforma eletrônica específica, acessível pela internet, onde os licitantes podem participar de qualquer lugar e apresentar suas propostas e lances por meio do sistema eletrônico. O pregão eletrônico possui uma série de etapas online, como a divulgação do edital, o cadastro dos participantes, a apresentação das propostas e a realização dos lances. Todo o processo é controlado de forma eletrônica, e os licitantes podem acompanhar em tempo real as informações sobre as propostas e lances realizados pelos concorrentes.

Entre as principais diferenças práticas dessas duas modalidades licitatórias, podemos citar algumas como, por exemplo, a acessibilidade fornecida pelo pregão eletrônico, que

permite a participação de licitantes à distância, sem que haja a necessidade de se locomoverem para o local da sessão, vez que todo o procedimento é realizado de forma virtual, inclusive o envio das propostas, dos documentos, a participação dos lances, tudo por meio eletrônico, o que amplia a concorrência e a transparência dessa modalidade,

Ambas as modalidades de pregão têm seus pontos positivos e podem ser utilizadas de acordo com a conveniência da Administração Pública até o presente momento, não obstante a intenção da Lei 14.1333/2021, como já abordado, é migrar todo o procedimento do pregão para a forma eletrônica, a fim de garantir maior efetividade da publicidade e da transparência pública.

No entanto, o pregão presencial pode ser mais adequado em situações específicas, como quando a natureza do objeto licitado requer demonstração física, ou quando a quantidade de licitantes é pequena e a interação pessoal é valorizada, enquanto, o pregão eletrônico oferece vantagens como a agilidade, à economia de recursos e a extensão do acesso a fornecedores.

4 TRANSMISSÃO AO VIVO DAS LICITAÇÕES NA MODALIDADE DE PREGÃO PRESENCIAL

4.1 Aspectos Gerais das Transmissões ao Vivo das Licitações

A Lei 14.133/2021 dispôs de forma clara e objetiva que as licitações na modalidade de pregão devem ocorrer preferencialmente na forma eletrônica, no entanto, quando não for possível essa realização, a lei estabelece que a licitação na modalidade do pregão possa ser presencial, de forma justificada e ainda gravada e transmitida ao vivo.

Essa transmissão é realizada por meio da internet, permitindo que todos os interessados acessem o processo remotamente e acompanhem todas as etapas em tempo real, isso geralmente é feito por meio de plataformas de streaming ou sites específicos para esse fim.

A adoção da transmissão ao vivo das licitações contribui de forma significativa para a transparência e a publicidade dos processos licitatórios, evitando possíveis irregularidades e aumentando a confiança dos cidadãos na Administração Pública.

No entanto, é importante ressaltar que essa prática pode vir a apresentar algumas possíveis dificuldades durante o processo como o fato do tempo ser restritivo, vez que as licitações transmitidas ao vivo geralmente possuem um cronograma controlado e o tempo para

a análise e tomada de decisões podem ser limitados, o que dificulta inclusive a avaliação completa das propostas e das tomadas de decisões ponderadas.

Outra questão é a concorrência acirrada, pois em licitações ao vivo, há uma competição direta e imediata entre os participantes, que pode aumentar a pressão e exigir uma preparação mais rigorosa para se destacar dos concorrentes, assim como, podem ocorrer casos de concorrentes que venham a obter vantagens por meio de práticas desleais, como a troca de informações privilegiadas ou ainda a manipulação dos lances, o que compromete a integridade do processo e dificulta a justa concorrência.

A conexão de internet também é uma das principais preocupações nas licitações ao vivo, pois a qualidade da conexão deve ser satisfatória. Se uma conexão for interrompida, pode haver continuidade durante o processo de licitação, o que pode causar a perda de lances ou outras informações importantes.

Por fim, outra possível complicação é a relacionada ao deslocamento dos fornecedores até o local onde a licitação está sendo realizada, essa situação acaba por muitas vezes se tornar insustentável a depender da distância da localidade, o que prejudica conseqüentemente a participação e a maior concorrência de fornecedores.

4.2 Principais diferenças entre as Licitações Transmitidas ao Vivo e o Pregão Eletrônico

As licitações transmitidas ao vivo, ocorrem assim como o pregão eletrônico para a aquisição de bens e serviços pelos Órgãos Públicos e embora sejam semelhantes, também apresentam diferenças significativas.

As licitações transmitidas ao vivo possuem o formato diferente do pregão eletrônico, pois todo o processo de licitação ocorre presencialmente e é transmitido em tempo real pela internet, permitindo apenas que os interessados acompanhem a sessão pública remotamente. Já o pregão eletrônico é realizado inteiramente por meio de plataforma eletrônica na internet e os participantes podem acessar a plataforma para realizar lances e apresentar suas propostas.

As licitações transmitidas ao vivo proporcionam ainda maior transparência e publicidade ao processo licitatório, uma vez que qualquer pessoa pode assistir e verificar como ocorrem as etapas da licitação, no entanto, possui uma maior probabilidade de fraudes e manipulações do que o pregão eletrônico.

O pregão eletrônico por sua vez, utiliza-se do acesso remoto, onde os participantes podem participar de qualquer lugar, desde que tenham acesso à internet e cumpram as

exigências de cadastro na plataforma eletrônica, além de ser mais ágil em comparação com outras modalidades de licitação, pois permite a realização de lances de forma rápida e simplificada. E ainda possui vantagens tecnológicas o que facilita o controle, a segurança e a rastreabilidade dos processos, além de proporcionar uma maior abrangência e facilidade de acesso aos licitantes.

Outra diferença são as etapas seguidas em cada modalidade, nas licitações transmitidas ao vivo são realizadas as etapas tradicionais de uma licitação, como a divulgação do edital, a habilitação dos licitantes, a abertura e avaliação das propostas, além da análise técnica e jurídica. Já o pregão eletrônico possui uma etapa única de lances, onde os licitantes cadastrados podem apresentar suas propostas de forma eletrônica. Após essa etapa, ocorre a negociação, na qual são solicitados lances sucessivos aos licitantes para que sejam obtidos preços mais vantajosos.

Em resumo, as licitações transmitidas ao vivo são processos licitatórios tradicionais com a transmissão online, enquanto o pregão eletrônico é uma modalidade específica de licitação realizada totalmente por meio de plataforma eletrônica na internet, oferecendo vantagens como agilidade, acesso remoto e comunicação eletrônica.

4.3 A Efetivação do Princípio da Publicidade na Lei 14.133/2021

O princípio da publicidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e tem como objetivo garantir a transparência e o acesso às informações públicas é ele que estabelece que os atos da Administração Pública devam ser divulgados de forma clara e acessível a todos os cidadãos, não obstante, até que ponto esse princípio é realmente efetivo?

Em teoria, a efetivação do princípio da publicidade é fundamental para assegurar a prestação de contas dos governantes, prevenir a corrupção e permitir a participação dos cidadãos na tomada de decisões. No entanto, na prática, nem sempre o princípio da publicidade funciona de maneira plena e eficaz. Existem diversos desafios e obstáculos que podem comprometer a efetivação do princípio da publicidade. Alguns desses desafios incluem:

A falta de transparência real, pois mesmo quando as informações são divulgadas, nem sempre são disponibilizadas de forma completa, clara e compreendidas para o público.

As exceções à publicidade, pois existem casos em que a lei permite que certas informações sejam mantidas em sigilo por motivos de segurança nacional, proteção da privacidade pessoal ou para evitar prejuízos ao inquérito em andamento.

A publicidade tem o propósito de permitir que os cidadãos conheçam as ações dos órgãos públicos, promovendo a transparência e a responsabilidade, o que pode ajudar a prevenir abusos de poder, corrupção e promover a confiança na Administração Pública, no entanto, é importante reconhecer que a aplicação do princípio da publicidade deve ser equilibrada e ponderada com outros valores, como a proteção da privacidade, segurança nacional e interesses legítimos.

Além disso, a evolução do princípio da publicidade depende da capacidade das instituições de divulgar informações de forma clara, acessível e compreensível para o público em geral. É necessário o desenvolvimento de capacidade para garantir que as informações sejam divulgadas de maneira eficiente e que os cidadãos tenham meios efetivos de acesso a essas informações.

Portanto, embora possa haver desafios na aplicação prática do princípio da publicidade, ele continua sendo um pilar importante da democracia e da administração pública responsável.

4.4 Manipulação e fraudes nas Licitações Gravadas e Transmitidas ao Vivo

As licitações presenciais gravadas geralmente são registradas em áudio e vídeo para garantir a transparência e a integridade do processo, no entanto, ainda assim, estão sujeitas a manipulações e fraudes dentro do procedimento.

A fraude em licitações ocorre quando um processo de contratação pública é manipulado de forma ilegal para beneficiário de uma empresa específica ou indivíduo, comprometendo a igualdade de oportunidades e a transparência do processo.

Qualquer tipo de manipulação de documentos nesse contexto, como adulteração de propostas, falsificação de documentos ou qualquer outra forma de fraude, é considerado crime e pode levar a punições graves, incluindo multas, processos criminais e até mesmo prisão.

Outros exemplos de manipulações em licitações incluem o conluio, que se refere à combinação de preços entre os participantes ou a divisão de contratos entre si, eliminando a concorrência justa. O vazamento de informações confidenciais sobre a licitação, dando vantagens a alguns concorrentes. A apresentação de documentos falsificados ou manipulados para obter uma vantagem competitiva ou ocultar informações relevantes. Os pagamentos ilegais feitos a funcionários responsáveis pela condução da licitação para influenciar o resultado. O direcionamento de requisitos durante o procedimento configurado para favorecer um

determinado concorrente, estabelecendo requisitos que só essa empresa pode atender. E por fim, a avaliação parcial das propostas, mostrando favoritismo a um concorrente específico ou ainda ignorando intencionalmente propostas que são legítimas.

Ressalta-se ainda que a manipulação de documentos em licitações pode inclusive comprometer a boa-fé do procedimento e dificulta a concorrência entre os participantes. Além disso, ela pode resultar na escolha de propostas desvantajosas para a Administração Pública, causando prejuízos financeiros e comprometendo a qualidade dos serviços ou produtos contratados. Nesse sentido, é fundamental que as licitações presenciais gravadas sejam conduzidas de forma transparente e sigam todos os procedimentos legais impostos pela legislação em vigor.

4.5 As vantagens e desvantagens para os Órgãos da Administração Pública

Outro ponto que merece destaque são as vantagens e as desvantagens que as licitações gravadas podem trazer aos órgãos da Administração Pública.

Como já exposto, as licitações gravadas e transmitidas ao vivo fornecem um registro objetivo e imparcial de todo o processo, o que contribui para a transparência das ações do órgão público. Os participantes têm acesso às informações de forma mais satisfatória, garantindo ainda a igualdade de tratamento e possibilitando uma análise mais detalhada dos procedimentos.

O acesso é amplo, vez que é mais aberto ao público interessado, como potenciais fornecedores, órgãos de controle, cidadãos e outros que podem assistir e verificar se a licitação está sendo conduzida de maneira justa e imparcial.

A transmissão ao vivo inibe também práticas de conspiração entre licitantes, uma vez que todas as propostas e discussões são documentadas publicamente. Os licitantes são incentivados a apresentar suas melhores ofertas e a seguir as regras, sabendo que estão sendo observados em tempo real.

Também há melhoria da concorrência, vez que com a transmissão ao vivo das licitações, os potenciais fornecedores têm a oportunidade de ver os concorrentes em ação, o que pode estimular a competição saudável e aprimorar a qualidade das propostas apresentadas.

Além de claro ter um registro oficial que podem ser usados como prova em caso de disputas ou contestações, isso facilita a resolução de litígios e garante uma documentação mais completa e confiável do processo licitatório.

No entanto, existem preocupações relacionadas, como o investimento em Infraestrutura técnica, como equipamentos de gravação de qualidade, sistemas de armazenamento de dados e recursos de transmissão de áudio e vídeo.

Além disso, é preciso garantir que a infraestrutura esteja disponível e funcionando corretamente durante todo o processo de licitação. Serão necessárias câmeras de vídeo de alta qualidade para capturar as imagens e os eventos da licitação e inclusive, a depender do tamanho do local, várias câmeras podem ser necessárias para cobrir todos os ângulos importantes.

É necessário ainda que o Órgão Público tenha um sistema de transmissão ao vivo confiável para enviar o vídeo gravado para os participantes da licitação que estão acompanhando remotamente, o que pode ser feito por meio de uma plataforma de streaming online ou de uma solução personalizada, dependendo das necessidades e da escala da licitação.

É importante ter uma conexão de internet estável e de alta velocidade tanto no local da licitação quanto no local de recepção dos participantes remotos, pois a transmissão ao vivo exigirá uma conexão adequada para garantir uma qualidade de vídeo e áudio adequada.

Outras possibilidades são o acesso a uma plataforma de comunicação para permitir a interação entre os participantes remotos e o responsável pela condução da licitação, isso pode incluir recursos como chat ao vivo, perguntas e respostas em tempo real, levantamento de mãos virtuais, entre outros; um sistema de registro e arquivamento, o que inclui a criação de um banco de dados para armazenamento, garantindo que eles possam ser acessados e consultados posteriormente, se necessário.

Devem se atentar ainda as possibilidades de manipulação e edições seletivas para alterar ou omitir partes do processo que podem ser comprometedoras ou desfavoráveis a determinados participantes.

É essencial garantir ainda a segurança e a privacidade das informações, o que pode incluir medidas de segurança cibernética para proteger a transmissão ao vivo contra ataques, bem como a execução de políticas e práticas adequadas para garantir a confidencialidade dos dados envolvidos no processo licitatório.

A violação de privacidade nas gravações de licitações pode ocorrer quando as informações sensíveis e confidenciais divulgadas durante o processo de licitação são acessadas, divulgadas ou usadas indevidamente por terceiros não autorizados.

Para evitar violações de privacidade nas gravações de licitações, é importante programar medidas de segurança adequadas, como restrições de acesso aos arquivos de

gravação, criptografia de dados, políticas claras de privacidade e treinamento dos envolvidos sobre a importância da proteção das informações confidenciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transmissão ao vivo das licitações é uma prática que contribui para efetivar o princípio da publicidade nesses processos, sendo que esse princípio é um dos pilares fundamentais da Administração Pública, estabelecendo que os atos realizados pelos Órgãos Públicos devam ser transparentes e acessíveis aos cidadãos, além de permite que qualquer pessoa interessada possa acompanhar o processo em tempo real, o que possibilita um maior controle social sobre as atividades públicas, promovendo a transparência e prevenindo possíveis irregularidades.

Ao transmitir as licitações ao vivo, os Órgãos Públicos fornecem aos cidadãos informações sobre os procedimentos, critérios de seleção, participantes e resultados das licitações, isso ajuda a evitar a ocorrência de fraudes, favorecimentos indevidos e corrupção, já que qualquer pessoa pode acompanhar o processo e denunciar possíveis irregularidades.

No entanto, como já exposto, embora as licitações gravadas ao vivo ofereçam várias vantagens em termos de transparência e prevenção de fraudes, também existem algumas desvantagens a serem consideradas, como possíveis dificuldades de adaptações na infraestrutura tecnológica, possíveis manipulações e fraudes, edições seletivas, violações de privacidade e de informações do procedimento, dentre outras.

Para combater as fraudes nas licitações gravadas ao vivo, é necessário programar uma série de medidas preventivas e de fiscalização, como a aplicação da transparência total e realizada com mais confiabilidade pelos órgãos públicos. Assim como, o fortalecimento dos órgãos de controle, investindo em capacitação e autonomia, pois essas instituições devem ter poderes e recursos adequados para fiscalizar e auditar as licitações, garantindo a conformidade com as regras estabelecidas.

Pode ser realizada também a seleção de participantes de forma mais rigorosa, estabelecendo critérios claros e objetivos para a seleção dos fornecedores, levando em consideração a capacidade técnica, experiência, idoneidade e capacidade financeira.

Também é importante realizar uma análise minuciosa dos documentos e informações fornecidas pelos concorrentes para evitar empresas de fachada ou com histórico de irregularidades.

É fundamental ainda, envolver a sociedade no processo de controle e fiscalização das licitações, criando mecanismos de participação social, como conselhos de acompanhamento e auditoria cidadã que podem contribuir para aumentar a transparência dos atos licitatórios.

Por fim, é necessária a correta capacitação e conscientização dos servidores responsáveis pelas licitações, oferecendo treinamentos regulares para que estejam atualizados sobre as boas práticas, leis e normas relacionadas ao processo licitatório. Além disso, é necessário conscientizar os participantes sobre as consequências legais e éticas das fraudes.

Essas medidas combinadas podem ajudar a combater as fraudes nas licitações gravadas ao vivo, promovendo uma maior transparência, responsabilidade e confiança no processo de contratação pública.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Eduarda Caberlon. O pregão eletrônico e a nova lei de licitações. Universidade de Caxias do Sul. Canela, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/10975/TCC%20Eduarda%20Caberlon%20Bertoldi.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Portal da transparência. Licitações e Contratações. Brasília, CGU, 2023. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/licitacoes-e-contratacoes>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm#:~:text=LEI%20No%2010.520%2C%20DE%2017%20DE%20JULHO%20DE%202002.&text=Institui%2C%20no%20C3%A2mbito%20da%20Uni%C3%A3o,comuns%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Portal de Compras do Governo Federal. Lei nº 14.133/21 por Tema. Publicado em 04/04/2023. Atualizado em 03/05/2023. Brasília, Governo Federal, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/legislacao-14-133-por-tema>. Acesso em: 08 jun. 2023.

BRASIL. Portal de Compras do Governo Federal. Nova Lei de Licitações e Contratos. Lei nº 14.133/21. Brasília, Governo Federal, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc>. Acesso em: 16 maio 2023. 2023.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do Canto. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei n. 14.133/2021. São Paulo: Saraiva, 2021.

E-DOU. Consultas de Diários Oficiais. Qual a Diferença Entre Pregão Eletrônico e Presencial? Blog E-Dou, 09 out. 2019. Disponível em: <https://e-dou.com.br/qual-a-diferenca-entre-pregao-eletronico-e-presencial>. Acesso em: 08 jun. 2023.

EDUCAÇÃO, Saraiva. **Leis de Licitações**. Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133, de 1.º-4-2021) e Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21-6-1993) obra coletiva da Saraiva Educação com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FILHO, Marçílio da Silva F. **Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LANCE FÁCIL. **Bens e serviços comuns**: entenda essa expressão usada nos pregões. Lance Fácil, Jundiaí-SP, 25 nov. 2020. Disponível em: <https://blog.lancefacil.com/bens-e-servicos-comuns>. Acesso em: 16 jun. 2023.

LANCE FÁCIL. **Pregão presencial**: como funciona essa modalidade de licitação? Lance Fácil, Jundiaí-SP, 14 out. 2020. Disponível em: <https://blog.lancefacil.com/pregao-presencial>. Acesso em: 05 jun. 2023.

MARQUES, Gustavo Henrique Cavalcante. Principais diferenças entre pregão eletrônico e pregão presencial. **Artigos Jus**, 24 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69197/principais-diferencas-entre-pregao-eletronico-e-pregao-presencial>. Acesso em: 13 jun. 2023.

MEIRELLES, Dalmo de Azevedo. **Direito Administrativo Decifrado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**: Teoria e Prática. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUEIROZ, José Menezes de. Inovações no pregão eletrônico em face da nova lei de licitações (Lei 14.133/2021). Universidade Federal de Uberlândia. Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis". Uberlândia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/35447/1/Inova%C3%A7%C3%A3oNoPreg%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

REVISTA JURIS UNITOLEDO. A fraude na modalidade de licitação pregão eletrônico, 2018, v. 03, n. 02, p.170-185. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2714/273>. Acesso em: 15 jun. 2023.

REVISTA JUS NAVIGANDI. Os desafios para implementação da nova lei de licitações: procedimentos iniciais para recepção da Lei 14.1333/2021, 2022 - ISSN 1518-4862 versão *online*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/101059/os-desafios-para-implementacao-da-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 16 maio 2023.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

SILVA, Luane P. da. PERENHA, Diego dos S. Fraudes no Pregão Eletrônico: como combater? Universidade Federal Fluminense. Instituto de Ciências Humanas e Sociais. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em:

<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6395/Diego%20dos%20Santos%20-%20Luane%20Paix%E3o.pdf;jsessionid=CD620760F3F074C0A15C848155C92FA1?sequence=1>. Acesso em: 15 jun. 2023.

VIEIRA, Michele Roque. Licitações: A vantagem do pregão eletrônico nas licitações. Universidade do Rio Grande do Sul. Faculdade de Ciências Econômicas. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27211/000763386.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jun. 2023.

ZAFFARI, Eduardo; FERREIRA, Gabriel B.; LIMA, Náthani S.; et al. **Licitações e Contratos**. Porto Alegre: SAGAH, 2021.

A CONSTITUIÇÃO COMO MERA FICÇÃO NO QUE TANGE À PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA

Giovanna De Abreu Amaral¹
Giovanni Vinícius Caetano²
Nádia Lorena de Campos França³

RESUMO

O presente artigo tem por função apresentar aspectos que relacionam a participação das mulheres na política brasileira, ao longo da história, à latente discriminação de gênero perpetuada nas entranhas da sociedade, usando como base para tal discussão as constituições que já vigeram no país, bem como dados de diferentes fontes para construir reflexões a respeito, nesse sentido. Dessa forma, pretende demonstrar que essa inclusão não encontra, ainda, amplo e efetivo respaldo na realidade, por mais que existam legislações nesse sentido, sendo necessários, ainda, mudanças na sociedade para que possa se dizer que as previsões constitucionais se aplicam plenamente à realidade.

Palavras-chave: Constituição; Mulheres; Participação; Política; Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A questão não é que as mulheres simplesmente tirem o poder das mãos dos homens, já que isso não mudaria nada no mundo. É uma questão precisamente de destruir essa noção de poder." Com essa colocação a filósofa francesa Simone de Beauvoir propõe uma reflexão acerca da noção da divisão do Poder entre os gêneros (1949). Dessa forma, essa definição de que as mulheres são inferiores quem impetrou na sociedade foram os homens, com suas inseguranças e seu receio em perder o poder para alguém "inferior", nesse caso, para as mulheres. Ocorre é que as mulheres querem apenas mudar a lógica de que só homens tem o poder, dividindo entre ambos o poder, já que mesmo no corpo legal nacional são iguais em direitos e deveres, sendo a discriminação de gênero apenas uma ideia internalizada nas pessoas, uma construção sociocultural, como desenvolve Beauvoir ao longo de sua obra.

¹ Graduanda em Direito pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas (giovannadeabreu12345@gmail.com)

² Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Universidade de Itaúna.

³ Graduanda em Direito pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas (nlorenadecamposfranca@gmail.com)

Nesse sentido, é conveniente apontar, ainda se tratando das relações de poder, que as mulheres foram excluídas de diversas atividades ao longo da história nacional, pois, em razão da conjuntura social apontada, eram requisitadas a servir à família e aos cuidados da casa, sem a possibilidade de agirem fora dos limites domésticos. Tal conjuntura não era diferente no que dizia respeito ao poder do Estado. Por essa razão, não foi sem muitas lutas e sem muita insistência que a mulher conseguiu o status de Cidadã em seu mais abrangente aspecto: o da participação política.

Perante o exposto, o presente artigo tem por função expor a evolução história das mulheres diante da Constituição e da Política no Brasil, a fim de demonstrar a desigualdade existente entre o que está escrito na Constituição e o que realmente acontece. Desse modo, faz-se necessário apresentar dados históricos e posicionamentos de autoridades, bem como comparar, em breve análise, os documentos constitucionais que já regeram o país, de modo a construir a demonstração aqui pretendida.

2 É A CONSTITUIÇÃO UMA FICÇÃO?

É possível apontar, primordialmente, que constituições — documentos voltados à limitação do poder do Estado e à impetração de Garantias Fundamentais — tiveram origem a partir da criação coletiva, baseadas em precedentes históricos e doutrinários. Em análise acerca da Antiguidade clássica, Karl Loewenstein identificou, entre os hebreus, o surgimento acanhado do Constitucionalismo estabelecendo-se no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos dos governantes" (1979). Contudo, é na Idade Média, com a Magna Carta de 1215 que ocorre o primeiro marco significativo do constitucionalismo, já que este estabelecia, ainda que apenas formalmente, a proteção a direitos individuais de grande relevância (FERREIRA FILHO). Contudo, foi durante a Idade Moderna que o Constitucionalismo se consolidou, com documentos como a primeira constituição escrita, que teve origem em 1787 nos Estados Unidos da América.

No Brasil independente, foi em 1824 que o Imperador Dom Pedro I, a fim de atender aos seus próprios interesses, garantindo que ele não tivesse limitações pelo legislativo, outorgou a primeira Constituição brasileira. Esta, no entanto, devido à natureza do Poder Moderador e às limitações quanto à extensão da Cidadania e da participação no poder político, não pôde ser chamada de democrática,

Pois se a alma da democracia consiste, como pensam alguns, na liberdade, sendo todos iguais a este respeito, devem ter a mesma parte nos bens civis e principalmente nos grandes cargos; e, como o povo é superior em número e o que agrada à pluralidade é lei, tal Estado deve necessariamente ser popular. (ARISTÓTELES, 1998, p.125).

Nesse sentido, seria a Constituição brasileira uma ficção? Como apontado por Ferdinand Lassale em seu livro "O que é uma Constituição?", a Constituição só seria, de fato, legítima se representasse o efetivo poder social, trazendo como reflexo as forças que constituem o poder. Se isso não acontecesse, ela seria ilegítima, ou seja, seria como uma banalíssima "folha de papel". Seguindo a conceituação sociológica de Lassale, a Constituição seria a soma dos fatores reais de poder presentes em uma sociedade (1995). Destarte, se não há a efetivação das previsões de uma Constituição, ela é fictícia. No Brasil, é possível dizer que, em alguns casos, a Constituição é uma ficção.

Vale apontar, em primeiro plano, que a Constituição do país tupiniquim prevê em seu artigo 3º, seus objetivos fundamentais. São eles:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

À vista disso, é notório que os Poderes devem trabalhar para efetivar tais previsões. Deixando de lado as problemáticas relativas aos outros incisos, sendo aqui o foco o inciso IV e a participação da mulher na política, é possível deduzir que se busca tornar efetiva tal norma constitucional, por meio de leis de mesma hierarquia e também de legislações inferiores, através das normas que visam alavancar essa minoria, para que ela disfrute da Igualdade Substancial e tenha seu lugar de fala

Entretanto, na prática, a existência de uma norma constitucional não é o bastante para tornar realidade o que ela dispõe, pois há a necessidade, retomando Lassale, da contribuição dos fatores reais de poder, o que, no caso concreto, não ocorre. Exemplo disso é o artigo 7º inciso XXX da Constituição, que diz que:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

E, no entanto, mesmo que a Constituição traga essa proteção às mulheres no âmbito trabalhista, o desrespeito que ocorre, na prática, à essa norma levou à criação da Lei 14.611/2023, que assegura a igualdade de salário e de critérios de remuneração entre trabalhadoras e trabalhadores. Desse modo, em acordo com o explícito acima, nota-se que, ainda que busque a efetivação dos direitos que prevê, a Constituição, por vezes, é uma mera ficção.

2.1 BREVE HISTÓRIA DA MULHER NAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS

No âmbito político nacional, a presença da mulher, tanto como eleitora quanto como candidata, percorreu um longo caminho até chegar ao presente momento, no qual o Sufrágio é Universal e o voto de todos tem igual peso e valor. Nessa perspectiva, é interessante apontar, sucintamente, todas as constituições que já regeram o país tupiniquim, quais eram os Direitos assegurados a esse grupo sob o ponto de vista político nestas, bem como analisar as evoluções ocorridas entre a entrada em vigor de cada uma, contextualizando, brevemente, com o período político-histórico no qual se inseriam.

A primeira Constituição a vigorar no Brasil ainda Imperial, foi outorgada em 1824, apenas dois anos após a Proclamação da Independência, e não tratava em seu texto, em específico, dos direitos das mulheres. Contudo, a cidadania não foi a estas concedida neste documento. Ainda que seu artigo 178, inciso XII estivesse disposto que: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”, é notório que nenhuma especificação quanto a discriminação de sexo foi apontada em seu texto. Contando com critérios censitários e financeiro, nesta Constituição o direito ao voto foi conferido aos homens nascidos no Brasil, livres e proprietários, e que apresentassem uma determinada renda. Para ser eleito, o cidadão devia comprovar renda mínima proporcional ao cargo almejado. Esta foi a mais duradoura Constituição do país, tendo vigorado por 65 anos, sendo revogada apenas com o fim do Império e a Proclamação da República.

Dois anos após a Proclamação da República, foi promulgada, no ano de 1891, uma Constituição que definiu não apenas a nova forma de Governo do País, mas a ampliação da Cidadania, tanto no que tange ao direito de votar, legado aos homens, brasileiros natos e maiores

de 21 anos de idade, dispensando o critério censitário anteriormente apregoado – excetuados os mendigos, os analfabetos, as praças de pré e os religiosos de ordens monásticas –, quanto em relação à elegibilidade, prevista no artigo 70, parágrafo deste documento, a qual, em caráter negativo, foi negada somente aos cidadãos não alistáveis como eleitores. Tal expansão, contudo, não atingiu às mulheres. Assim como em sua predecessora, nesta Constituição não houveram menções aos direitos políticos da população feminina, ainda que o art. 72, parágrafo 2º dispusesse que: “Todos são iguais perante a lei”.

Com o fim da República Velha, já no século XX, e a ascensão de Getúlio Vargas à Presidência, o Brasil viu a promulgação, no ano de 1934, de uma Constituição preocupada com questões sociais. Entre tais, no capítulo dedicado às Garantias Individuais, estava expressamente prevista a proibição da discriminação, no artigo 113 parágrafo 2º, que versava que: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.” Assim, pela primeira vez as mulheres – alfabetizadas – tiveram, na letra da Lei de hierarquia máxima, a possibilidade de participar das decisões do país, tanto como eleitoras, diante do previsto no artigo 108, que dizia que: “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei”, quanto como candidatas, já que o texto constitucional não excluía tal possibilidade. Infelizmente, pouco durou tal conquista de direitos.

Em 1937, sob a inspiração das ideias fascistas que pairavam sobre o Ocidente, justificando o Golpe de Estado promovido com o fantasma do Comunismo, Vargas, de forma autoritária, revogou a Constituição de 34, extinguindo importantes direitos desta, e outorgou uma nova. O artigo 117 desta pronunciava que: “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei e estiverem no gozo dos direitos políticos.” Na prática, e em associação a outras supressões que suspenderam Garantias Democráticas – como a liberdade partidária e de imprensa, as prerrogativas dos Poderes da República e as eleições diretas para Presidente, por exemplo –, tal medida significou um expressivo retrocesso, diante dos grandes passos dados na Lei Maior de 1934, pois os direitos das mulheres foram, novamente, limitados.

A renúncia de Getúlio Vargas à Presidência, em um contexto em que era pressionado, por diversos setores da sociedade brasileira, a abdicar do poder autoritário que exercia sob a égide da posição de Presidente da República, deu fim ao período de restrições de direitos que ficou conhecido como Estado Novo. Com o fenecimento desse momento, a corrente

democrática foi retomada, no tocando à Norma de maior hierarquia do País, e, em 1946, um Congresso recém-eleito assumiu a tarefa de promulgar uma nova Constituição. Esta, ainda que reestabelecesse, entre outros direitos revogados, algumas garantias individuais e políticas, não ocasionou avanço expressivo no que tange à participação política feminina, em relação à Constituição de 1934.

Na década de 1960, novamente o Brasil enfrentou um momento político em que não se prezava pelos ideais democráticos. Três anos após o Golpe Militar, no ano de 1967 foi proposta uma nova Constituição, e em 1969 uma grande Emenda à esta. Ante o autoritarismo do Governo Militar, este refletido no documento constitucional outorgado, os direitos políticos e mesmo as eleições do País passaram a enfrentar violentos desafios e limitações. Por mais que os direitos anteriormente legados às mulheres não tenham sido suspensos nesta Constituição, em seu texto não houve nenhum avanço que valha a pena mencionar quanto à participação política desse grupo, menos ainda nas demais perspectivas de igualdade de gênero.

Após vinte anos de um Governo autoritário e antidemocrático, o Brasil viu, em 1984, com o movimento das Diretas Já, eleições diretas para, entre outros, o Poder Legislativo, e três anos após a Assembleia Constituinte ter sido convocada, no ano de 1985, em 1988 foi promulgada aquela que ficou popularmente conhecida como Constituição Cidadã. Nesse sentido, é válido apontar que tal alcinha se deu em razão da ampliação do direito à participação política que esta trouxe, ao estabelecer o direito ao voto a qualquer brasileiro nato em pleno gozo de seus direitos políticos, com obrigatoriedade a partir da maioridade, aos 18 anos de idade, e caráter facultativo aos analfabetos, aos maiores de setenta anos e aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. O direito a se candidatar, também regulamentado pelo artigo 14 desta Norma, diz inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos, e estabelece, em seu parágrafo 3º, as seguintes condições de elegibilidade:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;
- III - o alistamento eleitoral;
- IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
- V - a filiação partidária;
- VI - a idade mínima de:
 - a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
 - b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
 - c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
 - d) dezoito anos para Vereador.

Atualmente em vigor, esta Constituição traz em seu artigo 3º escopos mínimos da Sociedade brasileira, dentre os quais destaca-se o inciso IV, que fala, vale reiterar, em “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Ademais, tal Carta Democrática, dentro da ampliação de Garantias Individuais que trouxe, firmou a previsão expressa da Igualdade entre gêneros, além de outras disposições específicas no sentido de proibir a discriminação com base no gênero, proibindo, por exemplo, a discriminação salarial ao exercer a mesma função. Desse modo, entende-se que esta foi a mais importante e completa Constituição já promulgada no País, em especial quando analisa-se sob o ponto de vista de uma minoria social.

3 A TRAJETÓRIA E AS LUTAS DA MULHER NA POLÍTICA NACIONAL

A concreta participação na política brasileira foi uma conquista que, como apontado sob o viés das Constituições que vigoraram no País, avançou gradualmente ao longo da história nacional, perpassando diferentes fases. Cada uma destas, evidentemente, teve fundamental importância para construir a participação hoje por elas experimentada. Desse modo, é pertinente descrever, sucintamente, cada uma dessas fases e sua relevância concreta para a conquista desse espaço que, infelizmente, não conta com uma participação feminina abrangente.

Nesse sentido, a historiadora Céli Regina Jardim aduz, em seu livro “A história do Feminismo no Brasil”, a respeito do começo da luta das mulheres pela participação eleitoral no Brasil, que está esteve profundamente associada à primeira fase do Feminismo no País, sendo primordialmente representada pela liderança sufragista de Bertha Lutz, no início do século XX. Contudo, também assinala a autora, o Feminismo que chamou de “bem-comportado” de Bertha Lutz, não foi a única e tampouco a primeira manifestação das mulheres, em busca da abertura de espaço no meio político (2003, p. 13).

Como Jardim aponta, “Já no século XIX apareceram mulheres que lutaram pelo direito ao voto, porém de forma individual, solicitando seu alistamento como eleitoras e candidatas”. Ela cita o exemplo de Isabel de Sousa Matos, dentista gaúcha que, com base em uma lei que facultava o direito a se alistar aos portadores de títulos científicos, requereu tal direito – e foi vitoriosa – em sua cidade natal, mas teve seu direito suspenso quando tentou se alistar no Rio de Janeiro (2003, pg. 15). Sobre o período, a historiadora constata que:

“A questão do direito ao voto para as mulheres tinha atualidade e foi discutida na Constituinte republicana de 1891 (...). O projeto não foi aprovado, mas a Constituição não proibiu explicitamente o voto das mulheres. A não-exclusão da mulher no texto constitucional não foi um mero esquecimento. A mulher não citada porque simplesmente não existia na cabeça dos constituintes como um indivíduo de direitos” (2003, Pgs. 15 e 16).

O movimento sufragista, no Brasil, entretanto, ganhou notoriedade a partir da volta da jovem bióloga Bertha Lutz ao país, em 1918, após a conclusão de seus estudos na França, onde teve contato com as sufragistas e com o Feminismo do Hemisfério Norte. Oriunda da elite – tanto financeira quanto intelectual – da época, Bertha teve condições de exercer ativa militância em favor da luta pelo direito de as mulheres votarem e serem votadas, inclusive, fundando a Federação Brasileira para o Progresso Feminino. O caráter de sua luta, entretanto, estava particularmente ligado à sua condição pessoal: era uma militância comportada, exercida em eventos internacionais e junto a classe política conservadora vigente, dentre a qual transitava com facilidade, de modo que havia o ativismo pelos direitos políticos, mas não a problematização do fato de já não os terem, e do porquê de não os terem. Nesse contexto, a Federação contou com o apoio do político Juvenal Lamartine que, eleito Governador do Estado do Rio Grande do Norte, atuou em favor da causa de Lutz e conseguiu que uma lei estadual autorizasse as potiguares a votarem e serem votadas, a partir do ano de 1927. Foi nesse ínterim, inclusive, que Luíza Alzira Soriano, em janeiro de 1929, foi eleita prefeita de Lajes, destacando-se como a primeira mulher a ocupar o cargo de prefeita no Brasil e na América Latina. Ainda em torno do ativismo de Bertha Lutz, esta tentou se eleger para a Constituinte de 1934, no entanto, não conseguiu (2003, Pg. 21-27). Porém,

Em 1936, Bertha Lutz, que ficara como suplente na eleição para a Constituinte, assume a cadeira de um deputado que havia morrido e, no mesmo ano, a federação promove o III Congresso Nacional Feminista. Constavam da pauta, naquele ano, projetos para pressionar o Legislativo a aumentar os direitos das mulheres, mas o golpe de 1937 calou toda a movimentação. (2003, Pg. 28)

É inegável, evidentemente, a contribuição das ações das mulheres da elite, representadas pela Federação Brasileira para o Progresso Feminino, que nasceu no Rio de Janeiro, e em ações esparsas em outros estados, para o marco do sufrágio feminino na legislação eleitoral de 1932 e na Constituição de 1934. No entanto, é impossível deixar de mencionar que não só as mulheres das elites conservadoras requereram seu direito a participação política. Fundado por Gilka Machado e Leolinda Daltro em 1910, mulheres sem recursos financeiros e

que em nada estavam em acordo com o que esperavam de seu gênero à época, fundaram o Partido Republicano Feminino. Em que pese o fato de que a mulher não podia, durante os anos de vivência deste, votar e ser votada, sua simples existência materializava o desejo que estas tinham de participar ativamente, de fazer a diferença como cidadãs. O jornalismo feminista, que envolvia mulheres educadas de classe média, e o feminismo anarquista, que por sua vez era formado por mulheres da classe operária, tinham uma atuação “malcriada”, em comparação à militância de Bertha Lutz, pois, dentre a reivindicação do direito à participação política, denunciavam a opressão e a discriminação de gênero, sendo, portanto, uma atuação mais incisiva e questionadora do feminismo no qual se enquadrava a luta em prol do direito à Cidadania plena do que somente esta isoladamente (2003, Pg. 18-20, 29-39).

Dando um salto temporal até a década de 1960, período de efervescência política e cultural em diversas partes do mundo, chega-se a um Brasil que vivia tensões político-ideológicas que culminaram no Golpe Militar, em 1964. Tal cenário não foi próprio ao exercício ainda incipiente das mulheres na vida pública, visto que as leis e os costumes muito as restringiam e, como explica Céli Regina Jardim,

O golpe militar de 1964 inaugurou os longos anos de um regime marcado por cassação de direitos políticos, censura, prisões arbitrárias, tortura, desaparecimentos, exílio. A partir de dezembro de 1968, com a decretação do tristemente famoso Ato Institucional nº 5 (AI-5), as condições de qualquer atuação política tornaram-se extremamente duras e perigosas no país(2003, Pg.42-43).

Porém, na década seguinte, apesar dos empecilhos, manifestações em prol dos direitos das brasileiras começaram a surgir. Destacam-se, a princípio, as insurgências privadas, que reuniam amigas e conhecidas, intelectuais, para discutir o Feminismo. Ainda que estas praticamente não tenham saído da esfera privada, é conveniente apontar sua fundamental importância em demonstrar que as mulheres não estavam satisfeitas com as conquistas parciais que haviam obtido nas décadas anteriores, e fazer parte das decisões – o que não era pleno no regime, já que o exercício de diversas Garantias, inclusive relativas ao exercício da Cidadania, foram limitadas no período – seria uma forma de mudar tal panorama. As mulheres exiladas por sua militância em prol da democracia ou por serem parceiras ou familiares de militantes, também exerciam papel fundamental nas discussões das questões de gênero, porém de forma pública, por estarem fora do país, em democracias nas quais se encontravam asiladas, trazendo suas conclusões ao cenário nacional somente com após a Anistia, em 1979. Tais efervescências, ainda que pontuais, reverberaram de forma visível no período da redemocratização (2003, Pg.49-66).

A volta dos exilados, marco inicial da redemocratização, junto ao fim do bipartidarismo, e nesse panorama, emergiu a discussão quanto a institucionalização de conselhos sobre a condição da mulher, o que, de certa forma, validava, em vias práticas, um movimento que, desde sua primeira fase no país, nunca foi hegemônico. A esse respeito, Céli Regina escreveu:

O encontro entre o movimento [feminista] e o campo político traz uma problemática fundamental que deriva da própria natureza do movimento social, colocando-o diante de duas alternativas: atrelar-se a um partido e ameaçar sua unidade e sua autonomia ou se manter unido e limitar sua participação política à pressão. Se for tomada a primeira opção, e é ela que nos interessa aqui, novamente há duas possibilidades: o caminho da ocupação de espaços no aparelho estatal, tanto por meio da instituição de novos espaços, como o dos conselhos, como pela ocupação de cargos propriamente políticos e/ou burocráticos (2003, Pg. 69-70).

Em 1985, foi criado o Conselho Nacional da Condição da mulher, que surgiu com a Campanha pelas Diretas Já. Com a eleição de Tancredo Neves, ainda por um Colégio Eleitoral, e sua posterior substituição por José Sarney, o Conselho, que era um órgão que articulava em prol das demandas das mulheres em geral, obteve apoio deles, tendo a presidente do conselho status de ministro neste governo. O mais notório sucesso do Conselho, entretanto, se materializou na Constituição de 1988, quando se mobilizou em campanhas pelos direitos das mulheres e, ainda, entregou aos constituintes um documento chamado “Carta das mulheres”, que reunia uma vasta gama das reivindicações desse grupo. Por mais que, no corpo de deputados da Constituinte, houvessem apenas 26 mulheres (cerca de 5,7% da casa), estas tiveram uma atuação admirável, superando diferenças partidárias e se unindo na apresentação de 30 emendas sobre os direitos das mulheres. (Jardim, 2003; Pg. 70-74). Como resultado das múltiplas mobilizações pelo país, tanto populares quanto institucionalizadas, a Constituição de 1988 se tornou a Carta constitucional brasileira mais completa quanto aos direitos das mulheres, pois, além de trazer em seu texto o Sufrágio Universal e os direitos que dão as condições para exercê-lo – como as liberdades partidária e de expressão, por exemplo –, o combate à discriminação de gênero, de forma explícita, apareceu em peso neste documento, como é notório nos exemplos dos artigos art. 5º, inciso I e art. 7º, inciso XXX.

3.1 SE A CONSTITUIÇÃO ASSEGURA A IGUALDADE ENTRE TODOS, POR QUE SÃO NECESSÁRIOS MECANISMOS PARA EQUIPARAR A MULHER AO HOMEM?

A Constituição Federal de 1988, norma de maior hierarquia da nação verde-amarela, traz em seu art. 5º, expoente das Garantias Fundamentais, a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O princípio da isonomia, neste artigo traduzido, trata, evidentemente, da Igualdade. Diante do exposto, poder-se-ia supor que há igualdade, em termos sociais, entre homens e mulheres — o que, na prática, não é verdade. Como dispõe Flávio Tarturce:

"Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte expressão, atribuída a Aristóteles e também a Ruy Barbosa: A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais. Do texto, nota-se na sua primeira parte a consolidação do princípio da igualdade *stricto sensu* (a lei deve tratar de maneira igual os iguais), enquanto a segunda traz o princípio da especialidade (... e de maneira desigual os desiguais). Essa é a essência da igualdade substancial."

Assim, é notório que, se são necessários suportes para fixar, em vias de fato, a norma constitucional em questão, homens e mulheres não são, ainda, efetivamente iguais em direitos e obrigações. Nesse sentido, é imperativo dissertar acerca de tais mecanismos e, também, do porquê eles serem necessários.

Em primeira análise, cabe-se apontar quais os esforços legais existentes nessa direção, correlacionando-os com outras normas relativas à participação política. Partindo da norma de maior hierarquia do País, temos, a princípio, o artigo 14 e seus incisos, que em seu caput dispõe, expressamente, o sufrágio universal. Tal previsão representa o grande marco da Constituição Cidadã, visto que ampliou o direito ao voto e à candidatura e fixou os meios de participação política, elegibilidade, sistemas eleitorais e filiação partidária que, presentemente, regem a nação. No entanto, assegurar que as mulheres *podem* se candidatar não foi suficiente para que, na prática, isso ocorresse. É imperativo destacar, nesse sentido, os principais mecanismos utilizados pelos corpos normativos nacionais para buscar a Igualdade substancial nas relações políticas.

No ano de 1997, a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) estabeleceu uma cota mínima de 30% e máxima de 70% para candidatos homens e mulheres, após as eleições de 1998. A

partir de então, no mínimo 1/3 dos elegíveis de cada pleito devem ser mulheres. Já no ano de 2009, a Lei nº 12.034/2009 criou um fundo partidário especial, destinado a alavancar a participação das mulheres na vida pública. O site oficial do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, quanto a ações de incentivo à participação da mulher na política, noticia que:

Na Resolução TSE nº 23.607/2019, a Justiça Eleitoral determinou ainda que os recursos do Fundo Partidário devem ser aplicados ‘na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político’. Em maio de 2020, o Plenário do TSE definiu que é possível que a regra de reserva de gênero de 30% para mulheres nas candidaturas proporcionais também aconteça sobre a constituição dos órgãos partidários, como comissões executivas e diretórios nacionais, estaduais e municipais.

É imperativo destacar, ainda, que em 13 de setembro de 2023 foi aprovado o texto-base de uma minirreforma eleitoral que altera importantes regras, quanto a candidaturas femininas. A minirreforma analisada, a esse respeito, de acordo com a Agência Câmara de Notícias tem como tópicos:

- candidaturas-laranja de mulheres serão consideradas fraude e abuso de poder político;
- as cotas de gênero deverão ser cumpridas pela federação como um todo, e não por partido individualmente;
- o dinheiro reservado para campanhas femininas poderá custear despesas comuns com outros candidatos, inclusive propaganda, desde que haja benefício para a candidatura feminina. Essa divisão não é permitida atualmente;
- regulamentação da distribuição do tempo de televisão para as mulheres e para pessoas negras;
- estende para pré-candidatas e mulheres que realizam atividade política as proteções previstas na legislação sobre violência de gênero;
- cria medidas protetivas para pré-candidatas, candidatas, titulares de mandato e mulheres com atuação política.

Tais regras precisam se tornar lei até o dia 06 de outubro de 2023 para valer nas eleições municipais do próximo ano.

Em segunda análise, convém-se retomar o título deste tópico: Se a Constituição assegura a igualdade entre todos, por que são necessários mecanismos para equiparar a mulher ao homem? Em termos gerais, ou restringindo-se o questionamento ao âmbito da representação político-partidária, enfoque deste artigo, a resposta encontrada é a mesma: O

que determina a necessidade de se criar meios de elevar as oportunidades das mulheres às dos homens é a cultura do Patriarcalismo, o qual

(...) pode ser definido como uma estrutura sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. É caracterizado por uma autoridade imposta institucionalmente, do homem sobre mulheres e filhos no ambiente familiar, permeando toda organização da sociedade, da produção e do consumo, da política, à legislação e à cultura. Nesse sentido, o patriarcado funda a estrutura da sociedade e recebe reforço institucional, nesse contexto, relacionamentos interpessoais e personalidade, são marcados pela dominação e violência. (BARRETO, 2004)

Ainda considerando tal perspectiva, é relevante destacar o pensamento da filósofa francesa Simone de Beauvoir. Esta escreveu: “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”, e com tal frase sintetizou o que defendeu em seu magnus opus “O segundo sexo”: O ser mulher é uma construção social, desde muito enfatizada e perpetuada, que coloca a mulher em uma posição de Outro em relação ao homem – um Outro, evidentemente, em desvantagem (1949). Nesse sentido, nota-se que, desde a publicação da obra da referida autora, na década de 1940, até os dias atuais, ocorreram muitos avanços de grande significação para as mulheres, materializados, principalmente, na inserção no mercado de trabalho, dentre outras liberações que culminaram na emancipação do sexo feminino em relação ao masculino. Contudo, é tangível a realidade de que essa evolução não se impôs em todos os setores da sociedade com a necessária assertividade, já que os espaços de grande proeminência e poder ainda são, majoritariamente, compostos por homens.

Portanto, partindo do pensamento feminista expresso na obra de Beauvoir e de todo o contexto desse movimento, assim como da latente realidade que é a persistência do Patriarcalismo nas relações sociais, que tanto as conquistas amealhadas quanto as dificuldades enfrentadas pelas mulheres para exercerem a Cidadania em seu mais amplo sentido, perpassam por tais questões. Elas não teriam que lutar para ser tratadas como tão humanas e cidadãs quanto eles, se não fossem vistas como um Outro, e elas não precisariam de tais engenhos para equipará-las aos homens se, após a conquista dos direitos de votar e ser votadas, elas não sofressem discriminações em razão de seu gênero, e fossem percebidas e aceitas como os sujeitos autônomos e capazes que sempre foram.

4 O PANORAMA ATUAL DA REPRESENTAÇÃO FEMININA

Como constatado, a participação das brasileiras na política foi resultado de um processo gradual e dificultoso, de muitas lutas, que durou cerca de um século. Este, no entanto, não foi o suficiente que, para na atualidade, essa participação seja ampla e real, e não apenas uma mera ficção materializada no voto e algumas candidaturas e eleições. Porque mesmo com a existência da Lei das Eleições, que assegura 30% das vagas a cotas de gênero, ou seja, candidaturas do sexo que estiver em menor representação no partido – que sempre é o sexo feminino, sem exceções conhecidas –, a presença da mulher nos cargos políticos é incipiente.

O país, que ao longo de sua história teve 39 Presidentes, teve apenas uma mulher ocupando este cargo, o mais alto do poder Executivo. A insuficiente representação feminina pode ser verificada a partir de dados divulgados pelo TSE – Tribunal Superior Eleitoral em sua página, quanto às últimas eleições gerais para cargos públicos no país.

PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA		
ANO	CANDIDATAS	ELEITAS
2018	25%	0%
2022	35%	0%

CARGOS DO EXECUTIVO		
ANO	CANDIDATAS	ELEITAS
2018	26%	15%
2022	28%	15%

CARGOS DO LEGISLATIVO		
ANO	CANDIDATAS	ELEITAS
2018	32%	16%
2022	34%	18%

Também no mesmo site, é possível aferir os dados das últimas eleições para os cargos públicos municipais.

PREFEITO E VICE-PREFEITO		
ANO	CANDIDATAS	ELEITAS
2016	15%	13%
2020	17%	14%

VEREADOR		
ANO	CANDIDATAS	ELEITAS
2016	33%	14%
2020	35%	16%

É importante apontar, ainda de acordo com o TSE, que o número de eleitoras é ligeiramente superior ao de eleitores, correspondendo, nas eleições de 2016 e 2020 a 52% e 53% do eleitorado em cada ano, respectivamente, e nas eleições de 2018 e 2022 a 53% dos eleitores no país.

Diante da disparidade entre o número de eleitas e eleitoras, é visível que ainda há barreiras que impedem a chegada das mulheres aos cargos políticos. Isso se deve a diversos fatores, os quais se relacionam, sem exceção, à materialização da discriminação de gênero. Diante disso, é fundamental demonstrar as duas principais faces que produzem o cenário apontado: o baixo apoio dos partidos às candidaturas femininas, que barram a chegada delas até os cargos de poder, bem como a violência política contra a mulher, que faz com que muitas desistam de continuar ou mesmo de ingressar na vida pública.

Seria superficial apontar que o pouco apoio dado a candidatas por seus partidos decorre, também, das relações sociais regidas pelo Patriarcalismos, fundadas há tempos em um contexto em que o papel legado à mulher não combinava com a vida pública, contudo, esta é a mais exata explicação. O apoio insuficiente a candidatas ocorre porque os Presidentes dos Partidos são homens – em consulta ao site do TSE, é possível constatar que, dos 30 partidos políticos registrados no Brasil, apenas 3 são presididos por mulheres, o que significa um índice de apenas 10% –, de modo que, naturalmente, pautas de gênero não são priorizadas ou mesmo acolhidas com frequência. Além disso, as candidaturas laranja, em sua maioria, são de mulheres, de modo a preencher a cota prevista no § 3º do artigo 10 da Lei 9.504/97. São candidaturas formais que não tem campanha ou apelo popular de maneira a angariar votos. Esta prática, prevista como fraude ao pleito eleitoral, pode ser enquadrada no art. 350 do Código Eleitoral, que considera

crime de falsidade ideológica para fins eleitorais. Dessa maneira, infere-se que o apoio insuficiente a candidatas ocorre por diversas outras razões, porém, no fundo, todas estão enraizadas na mesma problemática de origem histórico-social: a discriminação de gênero.

Vale lembrar que os empecilhos enfrentados pelas mulheres para se verem representadas na política não se restringem a se candidatar e se eleger. A permanência no cargo e o exercício de sua função também apresentam barreiras, sendo o principal deles a violência política. Como caracteriza a cientista política Mônica Sodré, diretora executiva da Rede de Ação Política pela Sustentabilidade, em entrevista a Natuza Nery, a violência política "Tem a ver com toda e qualquer ação para cercear ou impedir mulheres de se manifestarem e fazerem valer os seus direitos nos espaços de poder."

Exemplifica a violência política o fato ocorrido na Câmara dos Vereadores de Aparecida de Goiânia, no ano de 2022. O presidente da Câmara, André Fortaleza, ordenou que o microfone da vereadora Camila Rosa fosse cortado durante uma discussão acerca de cotas para mulheres na política, silenciando-a, tanto no sentido literal, quanto simbolicamente, em sua condição de mulher camarista. Nesse ínterim, é fundamental salientar que, visando coibir tais violações, foi sancionada, em 2021, a Lei 14.192/21, a qual constitui normas para prevenir, dissuadir e combater a violência política contra as mulheres durante as eleições e no exercício de direitos políticos e funções públicas. É, todavia, indispensável mencionar o caso mais extremo e emblemático do país, que ultrapassou as fronteiras e teve repercussão internacional: O homicídio da vereadora carioca Marielle Franco, em 2018, cujas averiguações apontam para uma execução por motivação política, já que a vereadora militava em prol das mulheres, dos negros e das pessoas LGBTQIAP+. E, até a presente data, ainda resta a dúvida: Quem mandou matar Marielle?.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é notório que, após diversas fases e formas de luta pelo direito de estar na política, tanto como eleitora quanto elegível, ao longo do século passado, a mulher tem hoje o direito quase irrestrito de votar e ser votada, ainda que empecilhos como a violência política e a discriminação de gênero dificultem seu caminho. Então, seria o envolvimento da mulher na política uma mera ficção?

Como constatado, não completamente. Existem mecanismos legais que visam efetivar essa participação, e eles podem ser positivamente aproveitados, se munidos do apoio não apenas

das mulheres, mas também dos homens, que são os protagonistas do Patriarcalismo. Cabe também a eles se conscientizarem de que a mulher não é um Outro, e sim um Igual, tão capaz e pleno de direitos quanto eles, mesmo que ela precise de alguns suportes para a ele se equiparar, por sua condição natural. Porque é inegável o quão irrisório é, ainda, o número de mulheres nos cargos públicos.

Enquanto persistirem os obstáculos proporcionados pela discriminação de gênero, as mulheres continuarão a ser sub-representadas nos espaços de poder político, mesmo compondo a maior da população e do eleitorado nacional. O Estado, assim como a sociedade, deve estar disposto a sublimar tal situação, pois não é necessária uma reflexão muito profunda para saber que, se apenas um grupo está no poder, a pluralidade de discussões diminui e, conseqüentemente, fixa-se em um só modelo, sem muito espaço à expansão. Esta restrição de debates, por sua vez, é muito perigosa para a Democracia, pois esta requer constante manutenção, para acompanhar as rápidas mudanças da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Câmara conclui votação do projeto de lei da minirreforma eleitoral.** 2023. Disponível em: <[Câmara conclui votação do projeto de lei da minirreforma eleitoral - Notícias - Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](#)> Acessado em: 18 de setembro de 2023.

AGUIAR, Neuma. **Patriarcado, sociedade e patrimonialismo.** Sociedade e Estado [online]. 2000, v. 15, n. 2 Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-69922000000200006>>.

ARISTÓTELES. **A Política.** São Paulo: Martins Fontes, 1998. 280 p.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo sexo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989ª edição, 2012. 936 p.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824.** Disponível em: [Constituição24 \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 09 de setembro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891.** Disponível em: [Constituição91 \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 09 de setembro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1932)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934.** Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 09 setembro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937.** Disponível em: [Constituição37 \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 10 de setembro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946.** Disponível em: [Constituição46 \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 10 de setembro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: [Constituição67 \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 10 de setembro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 10 de setembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: [L9504 \(planalto.gov.br\)](https://planalto.gov.br/legis/leis/9504) Acesso em: 21 de setembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Disponível em: [L12034 \(planalto.gov.br\)](https://planalto.gov.br/legis/leis/12034) Acesso em: 21 de setembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.611, de 03 de julho de 2023**. Disponível em: [L14611 \(planalto.gov.br\)](https://planalto.gov.br/legis/leis/14611) Acesso em: 21 de setembro de 2023.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

JORDÃO, Pedro. Quem foi Marielle Franco?. 2023. Disponível em: <[Quem foi Marielle Franco e o que ela defendia \(cnnbrasil.com.br\)](https://cnnbrasil.com.br)> Acessado em: 26 de setembro de 2023.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**, Trad. Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. (orig. Über die Verfassung).

LOWENSTEIN, Karl, **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfrego Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MARTINS, Vanessa. **Presidente da Câmara Municipal de Aparecida de Goiânia é indiciado por violência política após cortar microfone de vereadora**. 2022. Disponível em: <[Presidente da Câmara Municipal de Aparecida de Goiânia é indiciado por violência política após cortar microfone de vereadora | Goiás | G1 \(globo.com\)](https://globo.com)>. Acessado em: 26 de setembro de 2023.

PINTO, Céli Regina Jardim. **A história do Feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. 119 p.

STF. **Constituição 30 anos: As Constituições brasileiras de 1824 a 1988**. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696>>. Acessado em: 08 de setembro de 2023.

TARTURCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único. 13. ed.** – Rio de Janeiro: Método, 2023.

TSE – **Ações do TSE incentivam maior participação feminina na política**. 2021. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Julho/acoes-do-tse-incentivam-maior-participacao-feminina-na-politica#:~:text=Em%20maio%20de%202022>>. Acessado em: 15 de setembro de 2023.

TSE – Mulheres. **Estatísticas**. 2023. Disponível em: <[TSE Mulheres - Justiça Eleitoral \(justicaeleitoral.jus.br\)](https://justicaeleitoral.jus.br)>. Acessado em: 27 de setembro de 2023.

O ABUSO DE DIREITO NAS RECLAMAÇÕES DOS CONSUMIDORES

Anna Clara Boaventura Silva ¹
Glaycimar Gonçalves Ribeiro ²
Júlio Moraes Oliveira³

RESUMO

O presente artigo tem por escopo tecer uma análise sobre o abuso de direito nas reclamações realizadas pelos consumidores contra as empresas, principalmente nas mídias sociais e páginas de reclamações. Para tanto faz uma análise da jurisprudência de vários tribunais brasileiros sobre o tema já que o assunto é escasso na doutrina e conclui-se que o exercício regular de um direito não pode acobertar atos abusivos que violem os direitos da outra parte.

Palavras-chave: Abuso. Direito. Reclamação.

INTRODUÇÃO

A relação de consumo ocupa grande parte do cotidiano de qualquer cidadão sendo um dos aspectos mais importantes da economia de qualquer país, nos dias atuais. Para regulamentar essa relação jurídica, o direito brasileiro possui à sua disposição, uma das leis mais modernas sobre o assunto, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Essa legislação trouxe um equilíbrio no mercado, uma vez que o consumidor é considerado a parte vulnerável dessa relação jurídica. Todavia, com essa prerrogativa a seu dispor, alguns consumidores, em resposta exagerada à agressão sofrida, têm se excedido nas suas reclamações perante os fornecedores. O presente texto tem por escopo discutir esses excessos e quando os mesmos serão considerados como abuso de direito.

1. DA CONCEITUAÇÃO DE CONSUMIDOR

O conceito de consumidor está disciplinado de quatro formas no CDC: No art. 2º, caput, também classificado como conceito geral de consumidor; no art. 2º, parágrafo único, o chamado consumidor equiparado; no art. 17, as vítimas do acidente de consumo, ou *bystander*,

¹Bacharelada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas - FAPAM.

²Bacharelada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas - FAPAM

³Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC. Professor dos cursos de Direito da Faculdade de Pará de Minas e da Faculdade ASA de Brumadinho.

adjetivo proveniente do direito americano; e no art. 29, o mais amplo conceito de consumidor, que abrange todas aquelas pessoas expostas às práticas abusivas.⁴

Como previsto na Lei 8.078/1990, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor como forma de diploma legislativo em seu art. 2º traz a definição do denominado consumidor *standard*, na qual, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto e serviço como destinatário final.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Esse conceito do art. 2º, *caput*, é realmente a definição de consumidor, já que os outros três são denominados de consumidores equiparados. Ao se juntar todos os conceitos do art. 2º, *caput*, art. 2º, parágrafo único, art. 17 e art. 29, teríamos a definição de consumidor como: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, bem como a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, todas as vítimas do acidente de consumo e todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas na legislação consumerista. Percebe-se que a legislação brasileira ampliou o conceito de consumidor inserindo nele mesmo aquelas pessoas que tiveram contato indireto com uma relação de consumo.

2. O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

Em conformidade com a Carta Magna, em seu artigo 170, o consumidor é considerado e identificado como pessoa a qual deve ser designada atenção e cuidados especiais em sua inserção em um mercado de consumo, por se tornar assim parte vulnerável. A vulnerabilidade é um conceito fundamental de todo o complexo consumerista, traçada para proteger as partes mais vulneráveis da relação de consumo, com a finalidade de promover o equilíbrio nas relações de consumo.

Diante do exposto, pode se dividir e classificar a vulnerabilidade do consumidor em três esferas: Técnica, jurídica e econômica ou fática. Trata-se de vulnerabilidade Técnica à falta de conhecimento do consumidor comum acerca do produto da relação de consumo. Por outro lado,

⁴OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso de Direito do Consumidor Completo*. 9 ed. Belo Horizonte: D Plácido, 2023.p. 176.

a vulnerabilidade Jurídica relaciona-se a ausência de saber jurídico do consumidor, inibindo-o a entender as consequências jurídicas de suas obrigações e responsabilidades perante o mercado de consumo. Por fim a vulnerabilidade Fática, que surge da superioridade que o fornecedor possui no mercado de consumo ante ao consumidor.

Afirma Bruno Miragem que o princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor.⁵

3. DO CONCEITO DE FORNECEDOR

Ao conceituar consumidor é importante apresentar quem é o fornecedor, para melhor compreensão da relação de consumo e os objetivos do trabalho apresentado. De acordo com o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Isto é todo aquele que de alguma forma interfere no produto ou serviço, assumindo sua participação e responsabilidade pelo que fez. Existem três classificações que concerne ao fornecedor, são elas: Fornecedor real, aparente e presumido.

Fornecedor real seria o fabricante, o construtor ou o produtor, ou seja, aquele em que sob sua responsabilidade participa do processo de fabricação ou produção do produto acabado, de um componente ou de uma matéria prima. Já o fornecedor aparente, como sendo aquele que não participa do processo de produção ou fabricação, mas em virtude seu nome ou marca constar no produto, passa a ser entendido como formatador deste, aplicando-se a teoria da aparência.

Por fim o fornecedor presumido, que se trata do importador ou vendedor de produtos sem identificação clara de seu fabricante, produtor, importador ou construtor, assumindo a responsabilidade. Estas são classificações que auxiliam na distinção e responsabilização por vícios e defeitos de produtos, são elementos essenciais para a relação de consumo, o consumidor, fornecedor e o produto ou serviço, sendo que se houver essa junção de elementos há o pressuposto para a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2019.p. 65.

4. A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ENTRE FORNECEDOR E CONSUMIDOR.

Um dos objetivos do Código de Defesa do Consumidor é a harmonia nas relações de consumo. Busca-se, assim, a harmonização dos interesses de ambas as partes contratantes e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico do país, em sintonia com os princípios da ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal) e os postulados da boa-fé e do equilíbrio contratual (art. 4º, III, do CDC).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **I** - soberania nacional; **II** - propriedade privada; **III** - função social da propriedade; **IV** - livre concorrência; **V** - defesa do consumidor; **VI** - defesa do meio ambiente; **VII** - redução das desigualdades regionais e sociais; **VIII** - busca do pleno emprego; **IX** - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Nesse sentido, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor prevê a harmonização dos interesses entre fornecedores e consumidores, com base na boa-fé e equilíbrio dessas relações, como um dos objetivos da política nacional das relações de consumo.

A legislação nacional de proteção ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, preconiza que as relações de consumo devem se embasar na transparência e harmonia, recíprocas. A necessidade de harmonização pressupõe que ambos, fornecedor e consumidor, devem ser protegidos, uma vez que os dois lados têm potencial lesivo.

Evidentemente, as regras de consumo garantiram maior segurança, transparência e lisura nas relações de consumo. Por outro lado, a teórica fragilidade do consumidor acarretou para o fornecedor um risco permanente de que consumidores de má-fé façam uso dos mesmos direitos destinados àqueles que procedem embasados no respeito recíproco, causando-lhe danos por meio de ações e reclamações infundadas onde, somente ao fornecedor caberá o

fornecimento de provas (que muitas vezes não existem pela própria natureza da relação de consumo ocorrida).

Se não forem observados os princípios de harmonia das relações de consumo, protegendo também o fornecedor, apreciando-se com moderação e prudência argumentos e relatos dos consumidores, corre-se o risco da burocratização das relações de consumo, em sua maioria informais, na tentativa dos fornecedores, receosos de problemas futuros, terem que prever e planejar sua proteção.

5. DIREITO DE RECLAMAÇÃO POR PARTE DO CONSUMIDOR E SEUS LIMITES.

O Código de Defesa do Consumidor é sim uma importante arma a favor do consumidor na defesa de seus direitos. É um diploma altamente protecionista e seu próprio nome revela que seu objetivo é proteger exatamente o sujeito vulnerável da relação de consumo – o consumidor.

Com base nas relações de harmonização entre consumidor e fornecedor, o consumidor, no momento em que exerce o legítimo direito de reclamar, deve atentar-se para não exceder, pois, o modelo de responsabilidade civil adotado pelo legislador brasileiro prevê punição pelo abuso de direito, figura prevista no art. 187 do Código Civil, assim redigido:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sendo assim, se o consumidor abusa do direito de reclamar, comete ato ilícito, e, portanto, pode ser responsabilizado, geralmente condenado a pagar uma compensação pecuniária pelo dano moral causado ao fornecedor, consubstanciado na ofensa à sua imagem pública.

Nesse passo, apesar de a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IX, consagrar a liberdade de expressão, a extrapolação do direito de reclamar pelo consumidor, denegrindo a imagem e honra da empresa, inevitavelmente gera uma repercussão negativa no mundo dos negócios.⁶

Contudo as reclamações levadas a efeito pelo consumidor desempenham o importante papel de estimular o fornecedor a melhorar a qualidade de seus produtos e serviços (fim econômico e social); melhora-se o mercado de consumo para ambas as partes. Ganha o

⁶ NEGREIROS, Felipe. O abuso no direito de Reclamação pelo consumidor via internet. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-13/felipe-negreiros-abuso-direito-reclamacao-via-internet> acesso em 26.09.2023.

consumidor, que passa a contar com bens de consumo melhores, e também ganha o fornecedor, que, ofertando produtos e serviços melhores, conquista o consumidor, que, não raro, acaba se fidelizando.

Entretanto o que não se pode admitir é que, em um sistema que objetiva o equilíbrio entre esses dois sujeitos da relação de consumo, o consumidor aja abusivamente, buscando aniquilar a imagem do fornecedor perante a sociedade (ofensa à boa-fé).

Desse modo, ambos saem perdendo, pois o consumidor, apesar da reclamação abusiva, muitas vezes não tem seu problema efetivamente solucionado, o que, em última análise, é o que realmente lhe interessa. De seu turno, o fornecedor, talvez por causa de um deslize, tem sua imagem tão maculada, que acaba perdendo clientela. Ou seja, todos saem perdendo.

Ademais, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é uma estrutura de âmbito federal, mas que se repete nas demais esferas de governo através dos Sistemas Estadual e Municipal de Defesa do Consumidor. Dentro desta estrutura, o Procon é o primeiro instrumento que o consumidor procura para reclamar questões de consumo. Sendo assim, o processo de reclamação por sua vez, é inicialmente um processo administrativo no qual um órgão competente auxilia e busca a solução de conflitos que estão pautados na relação de consumo, e embora não previstos expressamente no artigo 5º do CDC, os Procons, a exemplo do Procon 1, são vinculados ao Sistema Nacional de Informação de Defesa do Consumidor (Sindec), instituições que intervêm junto aos fornecedores e negociam acordo e soluções de forma rápida, e mesmo assim, não deixam de ser contemplado pelo dispositivo, como podemos extrair da atenta leitura deste, cujo conteúdo segue colacionado:

Art. 5º. Para a execução da política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros.'

Normalmente os Procons mais estruturados estão situados nas capitais estaduais, sendo que suas atribuições nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios estão previstas no artigo 3º do Decreto 2.181, pois, conforme já afirmado, as atribuições da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça também são dos Procons.

Art. 3º Compete à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, a coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:
II –Receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais;
III – prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;
IV –Informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;

Em cada localidade, os Procons podem ter baixa ou alta autonomia, pois podem ser criados como um simples departamento, uma coordenadoria, uma superintendência, secretaria, agência ou fundação, tudo isso dependente da organização dos consumidores somada à vontade política, afinal a defesa do consumidor é um direito constitucional (art. 5º, XXXII).

É relevante que a sociedade saiba que os Procons, independentemente de sua configuração não têm hierarquia entre si, ou seja, a Senacon não tem nenhum controle sobre o poder decisório, ou sobre as ações dos Procons Estaduais, Distrital e Municipais, o mesmo ocorre com relação aos Procons Estaduais e Municipais.

Ademais, vale ressaltar – que os Procons, são organismos com significativo poder de polícia, com capacidade de intervir nos flancos preventivo e repressivo. Bem como não podemos esquecer ainda, que as autoridades competentes dos Procons, tem o poder-dever de agir de ofício, instaurando procedimentos para apurar toda e qualquer lesão à direito do consumidor que chegar ao seu conhecimento.

Sendo assim, a marca Procon designa sempre uma entidade ou órgão público de defesa do consumidor, no âmbito individual e coletivo, que atua segundo os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, cuja aplicação, assim como as atividades desenvolvidas pelo Procon, evidencia o poder de polícia inerente à atuação deste órgão.

Por fim, podemos entender, que o Procon é órgão do Poder Executivo municipal ou estadual, por excelência destinado à proteção e defesa dos direitos e interesses dos consumidores, agindo como uma instancia de instrução e julgamento, acolhendo ou não as reclamações fundadas pelos consumidores.

6. O ABUSO DO DIREITO

O abuso do direito foi positivado pela primeira vez, no Brasil, no Código Civil de 2002. Entretanto, já era considerado pela doutrina como instituto válido, e mesmo sem amparo legitimado do Código Civil de 1916, os tribunais julgavam a seu favor, criando assim, diversas jurisprudências que fundamentavam a teoria do abuso do direito. Com origem no direito medieval – nos chamados atos emulativos (*aemulatio*), que são os atos praticados em desfazer de uma pessoa sem trazer qualquer benefício a seu agente.

Em 1912, a Corte de Amiens, na França, julgou o famoso caso Clement Bayard. O proprietário de um terreno confinante a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem

qualquer justificativa plausível ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro colocadas em seus vértices, as quais, por sua vez, passaram a representar perigo para as aeronaves que ali aterrissavam. Assim, ao proferir o julgamento da causa, o Tribunal considerou abusiva a conduta do titular do domínio, atestando, portanto, o exercício anormal e despropositado do direito de propriedade e o condenou, por abuso do direito.⁷

Isto é, usa-se de um direito real e lícito para alcançar um resultado que vai além de seus limites permitidos é que vai de encontro ao princípio da boa-fé e dos bons costumes, gerando assim, danos a outrem, sejam eles econômicos ou sociais. Por isso é um ato presumivelmente lícito, que posto em prática de maneira irregular, visa um fim ilícito.

Afirma Bruno Miragem que a nova configuração do abuso do direito, a partir de sua incorporação como cláusula geral de ilicitude, faz com que se apresente como ilicitude objetiva, cujo sentido é determinado em vista de sua finalidade como cláusula geral de proteção da confiança na vida social.⁸

No abuso do direito, o agente não viola a norma especificamente, mas ofende algum critério de sua valoração. Não se confundindo com ato ilícito. Vale ressaltar, que estão incluídos no abuso do direito os atos comissivos e omissivos, bem como situações que impliquem poderes, deveres, faculdades e também os direitos potestativos. Percebe-se da análise do dispositivo em comendo que o referido código adotou um critério objetivo na caracterização do abuso do direito, isto é, não há necessidade de verificar a intenção do agente (dolo ou culpa) para a caracterização do mesmo.

O verdadeiro critério do abuso do direito está no princípio da boa-fé, pois os atos abusivos violam um dever de agir com base na lealdade e confiança.⁹

Como veremos, no artigo 187 do Código Civil – é estabelecido que, para a ocorrência do abuso do direito, é essencial que o indivíduo exerça imoderadamente um direito, visto que esse exercício excede os limites impostos pelo fim econômico e social do direito, a boa-fé ou os bons costumes.

Paulo Nader aponta alguns requisitos que caracterizam o ato como abuso. São eles:

i) Titularidade do Direito: O indivíduo responsável civilmente deve ser o titular de um direito subjetivo, ao exercê-lo por si só ou por meio de seus subordinados.

⁷ OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso de Direito do Consumidor Completo*. 9 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 145.

⁸ MIRAGEM, Bruno. *O Abuso do Direito*. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p 32.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1. p. 699.

- ii) Exercício Irregular do Direito: O titular do direito vai além do preciso para utilizar seu direito
- iii) Rompimento dos limites impostos: O titular do direito subjetivo excede os limites determinados pela finalidade econômica ou social.
- iv) Violação do direito alheio: Para que o prejudicado possa utilizar medidas judiciais, é preciso que ocorra violação ao direito alheio.¹⁰

Por fim, devido às variadas interpretações acerca do abuso do direito, os juristas não tendem a aceitar uma ou outra corrente como a correta. Assim, se posicionam na teoria que julgam a mais precisa. É necessário observar a doutrina e ideologias adotadas por aquele que está lidando com a lei. As teorias positivadas a respeito do abuso do direito são a subjetiva e objetiva.

Para a teoria subjetiva, é exigido o elemento culpa para caracterizar o abuso do direito. Alguns juristas afirmam ser necessária também a finalidade específica de prejudicar um terceiro no exercício de um direito subjetivo.

A objetiva por sua vez, concorrente a essa, nega a existência da doutrina subjetiva. Nessa corrente, entende-se que ocorre o abuso quando, no exercício de um direito, esse é exercido fora da sua normalidade, excedendo-se em sua finalidade social, boa fé e bons costumes. Dessa forma, destitui o elemento de culpa para caracterizar o abuso de direito.

7. A PRÁTICA DO ABUSO DO DIREITO NA RECLAMAÇÃO REALIZADA PELOS CONSUMIDORES

Atualmente o judiciário tem reconhecido o abuso de direito em algumas reclamações realizadas por consumidores contra os fornecedores. Geralmente, o consumidor extrapola o direito de se manifestar usando-se de palavras agressivas e ofensivas contra o fornecedor e o judiciário tem penalizado esse excesso de linguagem. A Súmula 227 do STJ admite o dano moral às pessoas jurídicas. O consumidor tem direito de se manifestar contra um serviço mal prestado ou um produto de baixa qualidade, mas a partir do momento em que ele se excede na linguagem, com ofensas agressivas ou abusivas o abuso do direito está configurado, sendo passível a proibição da veiculação da reclamação e a condenação ao pagamento de uma indenização. O tema não é pacífico. Nesse sentido, vejamos o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL. CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL. HONRA OBJETIVA. VIOLAÇÃO. PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL E EM SÍTIO DE RECLAMAÇÕES DE CONSUMIDORES. “A pessoa jurídica pode sofrer dano

¹⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 234.

moral”, diz a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça. E não poderia ser diferente, as pessoas jurídicas podem sofrer à sua honra objetiva, que consiste na opinião que as outras pessoas têm dela, sem que se cogite em aferir elementos subjetivos inerentes à pessoa humana. O dano moral é a privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano., sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica. O excesso de linguagem em publicações nas redes sociais e sítios de reclamações de consumidores desborda da mera exposição do pensamento para tornar-se ofensa à honra objetiva, inobstante tratar-se de pessoa jurídica, amplamente divulgada na internet, com a intenção confessada de compeli-la a realizar sua vontade, configura dano moral. O quantum, que deverá observar as seguintes finalidades: compensatória, punitiva e preventiva, além do grau de culpa do agente, do potencial econômico e características pessoais das partes, a repercussão do fato no meio social e a natureza do direito violado, obedecidos os critérios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade. Embora a divulgação de uma reclamação na internet tenha uma abrangência que não se pode precisar o tamanho, as empresas que colocam produtos e serviços no mercado estão naturalmente sujeitas a críticas e reclamações. O que não se admite, e que efetivamente configurou o ilícito, é o excesso de linguagem apto a ofender indevidamente a reputação da pessoa jurídica de maneira significativa. Não se deve perder de vista a assimetria da relação jurídica travada entre fornecedor e consumidor hipossuficiente, e, inobstante a conduta excessiva da ré, pelas regras de experiência, é possível concluir que a loja poderia ter dado rumo diferente ao acontecido, mediante o esclarecimento detalhado e cuidadoso das condições dos móveis vendidos, da atenção na hora da entrega, e mesmo da cortesia e distinção que se espera de uma loja que vende produtos desse padrão. Recurso da ré conhecido e parcialmente provido; recurso da autora conhecido e desprovido. (Acórdão n.882487, 20140111789662APC, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/09/2015, Publicado no DJE: 28/07/2015. Pág.: 251)

A possibilidade de expor sua reclamação em páginas especializadas ou nas redes sociais ampliaram também os efeitos de uma reclamação. Há que se ressaltar que a empresas são obrigadas por lei a ouvirem os consumidores não só sobre aquilo que dá certo, mas também e principalmente sobre os problemas dos seus produtos e atendimento. A nova regulamentação do Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), publicada pelo Decreto 11.034/225, entrou em vigor no dia 3 de outubro de 2022, substituindo o Decreto n.º 6.523, de 31 de julho de 2008.

Mesmo existindo esse caminho, muitas vezes o consumidor prefere se valer de páginas especializadas como Reclame Aqui, que nos últimos anos passou a ser uma vitrine para empresas e consumidores. Os Procon's também possuem cadastros de reclamações de contra empresas divulgados anualmente por esses órgãos, normalmente regionais.

As redes sociais transformaram todas as pessoas em potenciais divulgadores e isso também tem influenciado comportamentos, uma vez que a depender do número de seguidores que esses influenciadores possuam, os danos à imagem da empresa podem ser muito extensos, muitas vezes também, proporcional a resolução da demanda.

Todavia, assim como qualquer direito legitimamente previsto nas nossas leis, o direito de reclamar também encontra limites nessas mesmas leis. Desse modo, o excesso pode se

caracterizar como violação a direito de terceiros, como o direito à imagem e à honra, alertando-se que ao se tratar de pessoas jurídicas, refere-se à honra objetiva. Logo, na impede que uma pessoa jurídica que tenha sua imagem violada em uma reclamação realizada por um consumidor, procure seus direitos no poder judiciário, para cessar a violação e até mesmo para exigir uma reparação patrimonial e extrapatrimonial.

Nesse sentido, veja-se como os Tribunais estão julgando a respeito:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÍNICA MÉDICA. ATENDIMENTO. INSATISFAÇÃO. AGRESSÃO À ATENDENTE POR MEIO DE MENSAGEM ELETRÔNICA. ABUSO DE DIREITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. ARBITRAMENTO. RAZOABILIDADE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO EVENTO.

I. De acordo com o artigo 953 do Código Civil, deve ser indenizado o dano moral proveniente de agressão veiculada por meio de mensagem eletrônica enviada por consumidor insatisfeito com o atendimento recebido na marcação de exame.

II. O consumidor tem todo o direito de reclamar formalmente do atendimento considerado inadequado. No entanto, o emprego de expressões injuriosas e completamente desproporcionais à suposta indolência da atendente traduz abuso de direito que, segundo o artigo 187 do Código Civil, induz à responsabilidade civil.

III. Ante as particularidades do caso concreto, a quantia de R\$ 4.500,00 compensa adequadamente o dano moral e não degenera em enriquecimento injustificado.

IV. No campo da responsabilidade extracontratual os juros de mora fluem a partir da data do evento danoso.

V. Apelação principal conhecida e provida em parte. Recurso adesivo conhecido e parcialmente provido. DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS. UNÂNIME. (TJ-DF 20111110019002 DF 0001786-94.2011.8.07.0011, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/11/2018, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/01/2019 . Pág.: 404/411)

Esse também é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Julgamento do Recurso Inominado a seguir:

DIREITO DO CONSUMIDOR. SITE "RECLAME AQUI". EXCESSO. ABUSO DE DIREITO. DANO MORAL. 1- A consumidora, descontente com o serviço prestado pela médica veterinária, ora recorrida, postou no site Reclame Aqui severas reclamações. 2- É livre a manifestação de pensamento e opiniões, mas o abuso de direito é vedado, equiparando-se ao ato ilícito. 3- Recurso desprovido. (TJ-SP - RI: 10079292920178260016 SP 1007929-29.2017.8.26.0016, Relator: Paulo César Batista dos Santos, Data de Julgamento: 22/08/2018, Sétima Turma Cível, Data de Publicação: 22/08/2018)

Percebe-se que a jurisprudência dos tribunais tem tido bastante cuidado na análise das situações para que não se caracterize violação à liberdade de expressão e nem ao direito de reclamar, que é um direito legítimo de todo consumidor. O que se pune, na verdade é o excesso,

palavrões, expressões indignas, palavras que não façam parte do contexto do problema e que ofendam a honra ou a imagem da pessoa jurídica ou das pessoas naturais que a compoñham.

Existem muitos julgados, não acatando a tese do abuso do direito, principalmente quando o excesso não é comprovado nos autos. Para tanto, veja-se o seguinte julgado:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. Remoção de publicações do site "Reclame Aqui". Sentença de improcedência. Apelo da autora. 1. Ausência de intimação da autora para apresentação de réplica. Mera irregularidade. Rés que não suscitaram preliminares ou fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão da autora. Ausência de prejuízo. Controvérsia bem delineada pela prova documental. Dilação probatória que em nada alteraria o deslinde da controvérsia. Julgamento antecipado que não ocasionou cerceamento de defesa. 2. Ausência de violação dos termos de uso da plataforma e/ou abuso do direito de reclamação pelos consumidores. Intuito difamatório/calunioso das publicações não evidenciado. Impossibilidade de remoção. Precedentes. 3. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 11127331920198260100 SP 1112733-19.2019.8.26.0100, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 08/04/2021, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/04/2021)

Também decidiu nesse mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em um caso que envolvia reclamação em rede social, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE VÍDEO EM REDE SOCIAL (FACEBOOK) CONTENDO RECLAMAÇÃO DE CONSUMIDOR SOBRE SERVIÇO PRESTADO. INTERLOCUTÓRIO QUE NEGOU O PEDIDO DE RETIRADA DO CONTEÚDO DA INTERNET. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM TENSÃO COM DIREITO À HONRA OBJETIVA E À IMAGEM. RELATO PESSOAL DE CLIENTE INSATISFEITO COM PROVEDOR DE INTERNET. COMENTÁRIOS LEVEMENTE ÁSPEROS QUE, NO ENTANTO, RESTRINGIRAM-SE À QUALIDADE DO SERVIÇO PRESTADO. AUSÊNCIA DE ANIMUS DIFAMANDI. PRECEDENTES. PRIMAZIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO FUNDAMENTO DA DISCIPLINA DO USO DA INTERNET NO BRASIL. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, CAPUT, DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014). ANÁLISE EM SEDE LIMINAR QUE, DADA A LIMITAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DEVE PRIVILEGIAR A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. Desde que observadas as balizas constitucionais do exercício da liberdade de expressão, traduzidas, por exemplo, na preservação da honra e da imagem alheias, "o consumidor tem o direito de externar seu desagrado e inconformismo quando considera inadequado, insatisfatório ou defeituoso serviço que lhe foi prestado mediante remuneração." (TJRS, Apelação Cível n. 70058606708, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, j. 29/04/2015) (TJ-SC - AI: 40157801020168240000 Videira 4015780-10.2016.8.24.0000, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 06/06/2017, Terceira Câmara de Direito Civil)

Desse modo, percebe-se que o exercício regular de um direito que é o direito à reclamação e insatisfação está garantido, o que não se permite é o abuso desse direito ofendendo direitos também protegidos da outra parte. É possível reclamar do mau

atendimento, da comida ruim, do serviço mal prestado, o que não se permite é dizer que o gerente é um “idiota corno”, que os funcionários são “porcos imundos”, que a comida não serve nem para lavagem de porcos. Por mais mal feita que seja uma comida ou serviço, existem seres humanos por trás, que representam a empresa, pessoa jurídica. Ademais, a depender do alcance do reclamante, a reputação de uma vida inteira pode ser destruída em minutos, em uma reclamação de rede social.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, infere-se que muito embora o Código de Defesa do Consumidor vise, hegemonicamente, proteger o consumidor, o direito de reclamar não é absoluto, devendo ser feito de forma prudente por mais que o ordenamento jurídico o garante o direito de expressão. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem como objetivo primordial proteger os direitos dos consumidores, mas também deve ser aplicado de maneira justa e equilibrada, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso.

Entretanto em algumas situações a inversão do ônus da prova pode ser usada de maneira inadequada, prejudicando os fornecedores, especialmente os pequenos empresários e prestadores de serviço, devido ao uso banalizado e indiscriminado do conhecimento equivocado das garantias que o Código de Defesa do Consumidor expõe, gerando assim a dupla hipossuficiência.

Em resumo, é crucial encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos consumidores e a justiça para os fornecedores, especialmente os pequenos empresários. Isso requer uma aplicação cuidadosa e equitativa do CDC, levando em consideração as circunstâncias individuais de cada caso e promovendo relações de consumo baseadas na boa-fé e no respeito mútuo.

Conclui-se, portanto, que diante de um problema de consumo, não solucionado o consumidor pode sim expor suas frustrações em pleno exercício do seu direito à livre manifestação do pensamento. Porém, ao fazê-lo, deve ter em mente que o fornecedor de produtos e serviços também possui direitos garantidos constitucionalmente e que se feridos pelo abuso de direito praticado pelo consumidor, serão passíveis de sanções.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2019

MIRAGEM, Bruno. *O Abuso do Direito*. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEGREIROS, Felipe. O abuso no direito de Reclamação pelo consumidor via internet. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-13/felipe-negreiros-abuso-direito-reclamacao-via-internet> acesso em 26.09.2023.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso de Direito do Consumidor Completo*. 9 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

